

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ

VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO CON ÉNFASIS
EN DERECHO CIVIL**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO Y LA ACCIÓN DE
REPETICIÓN CONTRA SUS FUNCIONARIOS**

ANGELLINNI ELENA DÍAZ BOLÍVAR

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2019

DEDICATORIA

*¡A mi pequeña hija DANNA ELIZABETH este logro y toda mi vida;
que aunque ella no lo sepa, me impulsa a cumplir todos mis propósitos!*

AGRADECIMIENTO

Ante todo, a mi Dios que me guía por el buen camino, por darme la fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se me presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi Familia por su apoyo, consejos, comprensión, amor y ayuda en los momentos difíciles; pues, por ellos soy lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos.

Gracias también a mis queridos compañeros y amigos que me han apoyado y me permitieron formar parte de sus vidas.

Al Lcdo. CLAUDIO TIMPSON LAYNE, por brindarme toda su colaboración, paciencia y cariño en lo académico.

A la Lcda. LINA E. CASTRO DE LEÓN, por su incesante recordatorio y gran apoyo para finalizar este trabajo.

Al Lcdo. LUIS OVIDIO RODRÍGUEZ BRANDAO, por su aprecio y consideración durante esta aventura académica.

Al Lcdo. GIANCARLO FERREIRA, por su amistad e impulso día tras día para culminar con este grado.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	1
SUMMARY	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO PRIMERO	
ASPECTOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN	
1. ANTECEDENTES.....	7
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	10
4. DEFINICIÓN DE OBJETIVOS	11
(a) Objetivo General	11
(b) Objetivos Específicos	11
5. DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA DEL TRABAJO	12
6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	13
7. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.....	14
CAPÍTULO SEGUNDO	
RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO	
1. MARCO TEÓRICO.....	15
(a) Irresponsabilidad del Estado	19
(b) Responsabilidad absoluta del Estado.....	21
(c) Teoría ecléctica.....	22

2.	CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO	22
3.	RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA.....	24
4.	ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO.....	35
	(a) La conducta o el hecho dañoso.....	37
	(b) El daño	39
	(c) La relación de causalidad	40
5.	FUNCIONES DEL ESTADO	41
	(a) Legislativas.....	42
	(b) Ejecutivas o Administrativas.....	42
	(c) Judiciales	43
6.	CLASES DE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD ESTATAL	43
	(a) El daño a la propiedad por acto del Estado	43
	(b) El perjuicio por acto arbitrario de la administración	48
	(c) Daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado	50
	(d) El defectuoso mantenimiento de los servicios públicos	52
	(e) Daños cometidos por el Estado en su actividad privada.....	56
	(f) Daños causados por entidades públicas autónomas	61
7.	PRESCRIPCIÓN.....	63

CAPÍTULO TERCERO

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

1. EL FUNCIONARIO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA	65
2. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS	65
(a) Actuación del agente en el ejercicio de la función pública.....	66
(b) Acción u omisión del funcionario.....	67
(c) Cumplimiento irregular de las obligaciones legales	68
(d) Control constitucional y de la legalidad	71
(e) Acción del damnificado contra el funcionario	73
3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE SUS SERVIDORES	74
(a) Responsabilidad Médica	77
(a.1.) Obligaciones de medio y de resultado	80
(b) Responsabilidad de los Jueces y Magistrados	83
(b.1) Acción de Repetición	90
(b.2) Abuso de Autoridad	91
(c) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la República.....	94
(d) Funcionarios en general	97

CAPÍTULO CUARTO

ACCIÓN DE REPETICIÓN DEL ESTADO CONTRA EL FUNCIONARIO RESPONSABLE

1. ACCIÓN DE REPETICIÓN DEL ESTADO CONTRA EL FUNCIONARIO	100
(a) Concepto.....	101
(b) Autonomía y objeto de la acción	103

(c) Requisitos de procedibilidad.....	105
2. DERECHO COMPARADO	108
(a) Legislación colombiana.....	108
(b) Legislación ecuatoriana	116
(c) Legislación nicaragüense.....	119
3. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL (TRIBUNAL DE CUENTAS) Y LA RESPONSABILIDAD ORDINARIA	122
CONCLUSIONES	129
RECOMENDACIONES	133
ANEXOS	
BIBLIOGRAFÍA	136

RESUMEN

El tema materia de esta tesis comprende tres partes: Primero, la responsabilidad civil del Estado, antecedentes, evolución en la legislación panameña; análisis conceptual, doctrinario y jurídico de la responsabilidad directa, indirecta, patrimonial, contractual y extracontractual; análisis de las teorías de responsabilidad del Estado, los elementos, las clases de indemnizaciones y las funciones del Estado. En segundo lugar, la responsabilidad civil de los funcionarios, actuación del agente, acción u omisión, control constitucional y legal; se analizará el servicio público como tal, algunos cargos públicos en específico y sus tipos de responsabilidades como la administrativa y civil; para luego, y como tercer punto, entrar a desarrollar la acción de repetición en la normativa vigente, generalidades, características, objetivos, y cómo se ha aplicado en el derecho comparado; el análisis comparativo con la legislación colombiana, ecuatoriana y nicaragüense; requisitos, aspectos sustanciales, procesales y, finalmente se plasmarán las conclusiones y las recomendaciones para la implementación o aplicación debida de esta figura en nuestro país. En la normativa actual no existe un procedimiento específico y eficaz para demandar la acción de repetición hasta obtener una sentencia ejecutable, el problema central radica precisamente en la dificultad de ejercer el derecho de repetición. El Estado panameño incorporó a la acción de repetición en el artículo 1646 del Código Civil, sin brindarle la importancia que la misma tiene dado que no se han confeccionado leyes para su adecuada regulación, y, por lo tanto, el Estado no posee un procedimiento claro y uniforme que le permita ejercerla.

SUMMARY

The subject matter of this thesis comprises three parts: First, the civil responsibility of the State, antecedents, evolution in the Panamanian legislation; conceptual, doctrinal and legal analysis of direct, indirect, patrimonial, contractual and extracontractual responsibility; analysis of the theories of State responsibility, the elements, the types of indemnities and the functions of the State. Second, the civil liability of public officials, the action of the agent, action or omission, constitutional and legal control; the public service will be analyzed as such, some specific public positions, and their types of responsibilities such as administrative and civil; for later, and as a third point, enter to develop the action of repetition in the current regulations, generalities, characteristics, objectives, and as it has been applied in comparative law; the comparative analysis with the Colombian, Ecuadorian and Nicaraguan legislation; requirements, substantial and procedural aspects, and finally the conclusions and recommendations for the implementation or due application of this figure in our country will be translated. In the current regulations there is no specific and effective procedure to demand the action of repetition until obtaining an executable sentence, the central problem lies precisely in the difficulty of exercising the right of repetition. The Panamanian State incorporated to the action of repetition in the article 1646 of the Civil Code, without giving it the importance that it has given that no laws have been made for its adequate regulation, and, therefore, the State does not have a procedure clear and uniform that allows you to exercise it.

INTRODUCCIÓN

En nuestros inicios como República se observa que la responsabilidad civil del Estado por acciones u omisiones lesivas de derechos de las personas era exigible ante los tribunales ordinarios, idénticos al régimen de reclamaciones o conflictos entre particulares, no obstante, la cuestión adquiere un matiz diferente, tratándose de un daño infligido a un particular producto del servicio público prestado en forma irregular o causado por actuación material arbitraria de la Administración, o que, siendo lícita, produce daños a un sujeto de derecho. Así fue entendido con el paso del tiempo y la influencia de las legislaciones extranjeras como la colombiana y la francesa que han calado significativamente en el sistema contencioso administrativo panameño.

En este aspecto no era posible para la jurisdicción ordinaria, a través de los tribunales civiles, deshacer el acto administrativo o anular la actuación de un órgano de la Administración, en virtud del principio clásico de separación de los poderes. Lo contrario significaba una intromisión, prohibida por la Constitución, de un órgano (el judicial) en los asuntos o competencia de otro (el administrativo o ejecutivo).

En este sentido, la intangibilidad del acto administrativo por el Órgano Judicial no era óbice para que se demandara civilmente al ente o funcionario por los daños y perjuicios ocasionados.

Como es sabido, sólo fue con el famoso fallo Blanco en Francia (1873), que la jurisprudencia introdujo un régimen general de responsabilidad administrativa o estatal, permitiendo de esta manera que se desarrollara el derecho administrativo y su respectiva jurisdicción. Dijo entonces el Tribunal de Conflictos *"La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares"* (fue citado Rodríguez, Libardo, 2005 - por Javier Ernesto Sheffer Tuñón en su ponencia en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo).

A partir de entonces, la doctrina y la jurisprudencia empezaron a señalar los límites de la responsabilidad estatal y la de sus funcionarios; esto es muy importante, dado que la administración, como toda persona jurídica, no actúa por sí misma, sino por medio de sus agentes o funcionarios, por lo cual cabe preguntarse si debe responder por todas o solo por algunas de las actuaciones de sus funcionarios.

La responsabilidad del Estado y de sus agentes pasó por varias etapas, que van desde la irresponsabilidad del Estado o de sus agentes hasta la responsabilidad subsidiaria o directa según el caso. En la actualidad, algunos países como Colombia, Nicaragua y Ecuador consagran en sus constituciones la

Acción de Repetición. Mientras que México, España, y el nuestro Panamá, no contemplan en forma expresa, la posibilidad de repetición.

Sabemos que en los Estados Sociales de Derecho, la forma de conseguir la igualdad real es mediante una inversión pública en los distintos frentes y sectores de la sociedad, sin embargo, el problema surge cuando dichos recursos manejados y administrados por los funcionarios son malversados o simplemente gastados en pagar las indemnizaciones y las condenas en contra del Estado, presentadas por los ciudadanos cuando por la negligencia, omisión o abuso de las funciones propias de dichos funcionarios se presentan daños en contra de particulares.

Dichos pagos de condenas e indemnizaciones son parte de la responsabilidad que los Estados establecen en sus Constituciones o en sus leyes con el fin de no dejar desamparados a los particulares que sufren algún daño en sus derechos o intereses, por culpa de los funcionarios que hacen parte de dichos estados. En el caso de la República de Panamá, dicha responsabilidad está establecida en el artículo 1645, en concordancia con el artículo 1644 del Código Civil.

Pero es importante indicar que el artículo 1646 del Código Civil, abre la puerta a una forma en la cual el Estado podrá recuperar los montos cancelados para resarcir los daños causados a los particulares, ya sea, por abuso, por negligencia o por omisión de las labores de los funcionarios.

Dicha forma es conocida como la acción de repetición y es una herramienta muy útil a la hora de recuperar y de preservar el tan preciado patrimonio público que constituye una de las formas más importantes de conseguir los objetivos y metas de cualquier Estado.

La acción de repetición se define como el medio judicial que la ley le otorga a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios, el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a particulares como resultado de una condena por los daños que les haya causado.

Esta figura jurídica se caracteriza porque es una acción de carácter legal, sin embargo no ha sido regulada adecuadamente en una sola; es una acción autónoma, pues pese a que el funcionario se encuentra inmerso en varias responsabilidades ya sea penal, fiscal o civil; la acción de repetición se inicia una vez se haya proferido condena en contra del Estado; y finalmente se trata de una acción patrimonial puesto que tiene por objeto la recuperación a modo de indemnización, por parte del funcionario el valor pagado por la entidad, en razón a la condena en que se declaró la responsabilidad estatal.

La acción de repetición hace parte de una lista de instituciones jurídicas que tienen similitud en los diversos ordenamientos jurídicos, y por ende, hay que estudiar a fondo realizando investigaciones que arrojen resultados significativos para la comparación y el entendimiento adecuado de dicha acción.

CAPÍTULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

1. ANTECEDENTES

Un recuento histórico y una exploración bibliográfica de la responsabilidad patrimonial del Estado, nos permite conocer que no fue hasta la Ley No.18 de 31 de julio de 1992, que se estableció en forma clara y expresa la responsabilidad directa del Estado, al disponer que la obligación que impone el artículo 1644 es exigible no sólo por los actos y omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder...El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

Lo anterior, nos llevó a la revisión de la evolución que se ha tenido desde la Constitución Política de 1941, por lo que, tales aspectos se presentan dentro de esta investigación, incluyendo los desarrollos jurisprudenciales posteriores a la Ley No.18.

Tal como, la jurisprudencia sentada por la Consulta de Inconstitucionalidad presentada por la Licenciada Elitza Cedeño, que dio lugar al fallo de 12 de agosto de 1994 emitido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se desarrolla brevemente la evolución histórica que ha tenido la responsabilidad del Estado por la actuación de sus funcionarios, siendo directa en nuestros tiempos sin perjuicio de que el Estado puede ejercer la acción de repetición contra su

funcionario, con la que nos hemos llenado de interés y deseos de adentrarnos más al estudio de esta materia.

Existen pocos autores panameños que se han dado la tarea de ahondar en este tema, entiéndase la acción de repetición del Estado en contra de sus funcionarios, ya que, nuestra legislación reconoce que el Estado debe responder por los daños y perjuicios que cause a los particulares en el desarrollo de su actividad pública, sin embargo, no se ha reglamentado sobre la acción de reembolso con el fin de que el Estado active esta herramienta contra el funcionario causante del daño, por el bien del resto de los administrados.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sobre esta temática, nuestra investigación plantea como problema: ¿Cuáles han sido las causas de la falta de regulación en materia de repetición contra los funcionarios, que por sus acciones causan detrimento al patrimonio estatal?

Si bien es cierto que en Panamá se consagra en el artículo 1645 en concordancia con el artículo 1644 del Código Civil, la reparación de los daños ocasionados por los funcionarios en ejercicio de la actividad pública por la acción u omisión negligente de éstos, en cuyo caso la responsabilidad sería directa del Estado; mientras que si la conducta del funcionario es derivada de un delito, es decir, ocasionada por la acción u omisión dolosa (delictiva o fraudulenta), la

obligación de reparación del Estado era antes subsidiaria, pero directa para el sujeto activo. En la actualidad dejó de ser subsidiaria para pasar a ser solidaria debido al cambio introducido por el nuevo Código Penal.

No es menos cierto que se requiere el reconocimiento del derecho de reparación de los daños o el establecimiento de la responsabilidad del Estado previamente, ya sea por conocimiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia cuando se traten de los procesos consagrados en el artículo 97 del Código Judicial, que desarrolla el numeral 2 del artículo 203 de la Constitución Política que le asigna competencia en materia administrativa, o en los casos que según ha quedado sentado por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, es competencia de los Jueces de Circuito conocer de los procesos en que el Estado o sus instituciones figuren como entes de derecho privado o civil, por la naturaleza de su actuación, y con base en el artículo 159 literal b del Código Judicial.

Lo anterior, nos lleva no sólo al estudio de los requisitos o presupuestos para la viabilidad de la responsabilidad patrimonial de la administración sino que además, luego del reconocimiento de ésta, el estudio del mecanismo o acción para que la entidad condenada judicialmente, en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial, pueda solicitar el reintegro de lo que ha pagado al particular beneficiario de la sentencia, es decir, recibir lo que hubiese satisfecho a causa de la conducta culposa, negligente o dolosa de un funcionario suyo.

Entiéndase por esta, la acción de repetición consagrada por el artículo 1646 del Código Civil, que hace alusión al procedimiento de subrogación en caso de

insolvencia del demandado principal, en virtud de que la responsabilidad del funcionario es directa y la estatal es solidaria.

3. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

El grave problema de detrimento del patrimonio público dentro de nuestro sistema es uno de los aspectos que exige y justifica el estudio, y la urgencia de crear normas que regulen la acción de repetición en contra de los funcionarios, para iniciar con acciones que salvaguarden el patrimonio del Estado.

La falta de reglamentación de esta figura -la acción de repetición- por parte del Estado, respecto del derecho privado resarcido o reparado hasta la actualidad, considerando el sinnúmero de obligaciones a las que debe responder sobre la base de ser el garante del bien común, resulta incongruente.

Por lo que, en definitiva, los recursos del Estado y el resto de la población contribuyente es la que con sus impuestos cubre la negligencia de un funcionario, cuando éste es responsable de los daños antijurídicos causados a un particular. Dado que actualmente el funcionario o exfuncionario no es obligado a reembolsar al Estado lo que este ha tenido que indemnizar.

Todo lo anterior, da lugar a que deba realizarse un estudio minucioso de esta figura, a fin de que sea empleada para reflexionar y ayudar a concienciar a los funcionarios en su actuar, porque si bien el Estado es quien los examina, los

coloca en el puesto correspondiente, los mismos se deben disciplinariamente a éste y deben cumplir con el derecho positivo panameño.

4. DEFINICIÓN DE OBJETIVOS

(a) Objetivo General

- Determinar el origen y noción de la acción de repetición en el marco de la responsabilidad estatal y la responsabilidad de sus agentes, el alcance y finalidad del mecanismo, así como los diversos planteamientos acerca de su problemática y los resultados obtenidos en su aplicación en otras legislaciones.

(b) Objetivos Específicos

- Analizar la dogmática, ordenamientos jurídicos y jurisprudencia extranjera y local sobre la materia.
- Generar discusiones sobre el tema, para determinar si a lo largo de la historia el estado ha utilizado esta herramienta para el resarcimiento de los daños que ha tenido que cubrir por actuación de un funcionario.
- Garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública.

- Analizar la efectividad de esta acción cuando es utilizada y si se consigue que el funcionario cumpla con el reembolso de lo satisfecho por el Estado.
- Evaluar en qué tipo de casos se aplica en mayor medida esta acción.
- Valorar las consideraciones jurídicas y decisiones concretas en otras legislaciones para aplicarlas en Panamá.
- Realizar un diagnóstico acerca del impacto económico que causan las condenas impuestas al Estado.

5. DESARROLLO DE LA METODOLOGÍA DEL TRABAJO

Pretendemos que al confeccionar este trabajo se recojan los diversos avances teóricos y prácticos que sobre la materia han hecho diferentes autores e ilustres estudiosos, con el fin de lograr los objetivos planteados. Para ello recurriremos al método deductivo, en el cual analizaremos los aspectos generales de la responsabilidad del Estado, para así llegar a los aspectos particulares y poder desarrollar la figura de Acción de Repetición.

Adicionalmente, hemos integrado el método comparativo, porque no sólo la jurisprudencia, sino también, la doctrina extranjera -como fuente- son las que han contribuido a aclarar conceptos y el alcance de nuestras normas vigentes.

Debido a la existencia de lagunas dentro de nuestro sistema, y aunque no se siga el mismo sistema de responsabilidad civil del Estado en todos los países, esta figura se funda en los mismos principios y los conceptos que son desarrollados por un país y que pueden ser utilizados para definir las normas de otro.

De igual manera, recurrimos al método histórico y descriptivo, a fin de comprender la evolución hasta nuestros días de la responsabilidad del Estado, así como cuando nos dimos a la tarea de examinar las principales características de la responsabilidad estudiada, como fueron modificándose sus fundamentos y principios, hasta llegar al desarrollo de la acción de regreso.

Los aportes de los diferentes puntos se concretarán de forma sencilla y comprensible, para que las herramientas utilizadas en la aplicación de este instrumento dejen en las personas la inquietud y el interés hacia la utilización de la misma.

6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

Con la aplicación del mecanismo procesal estudiado –la acción de reembolso- para poder así vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta culposa, negligente o dolosa es la causa de la condena impuesta al Estado, éste puede defender con esta herramienta la integridad de su

patrimonio, para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado y así preservar la moralidad pública.

En vista que nuestro derecho positivo no ha reglamentado la acción de repetición como mecanismo para que la administración pública pueda repetir contra el funcionario o exfuncionario, da lugar a que no exista una advertencia para que el funcionario aumente la precaución y el cuidado necesario en la realización de sus actuaciones. Por tanto, hay poca divulgación de las consecuencias “deber de reembolsar al Estado” por el mal actuar de los funcionarios, que algunos no prestan el debido cuidado en su actividad pública.

7. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES

Las variables de investigación son las siguientes:

- La Acción de Repetición (VI) y responsabilidad del agente estatal (VD)
- La legislación y la doctrina (VI) y función pública, moralidad y eficiencia (VD).

CAPÍTULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

1. MARCO TEÓRICO

La convivencia de los seres humanos siempre se ha dado bajo alguna forma de autoridad que con el paso del tiempo las comunidades primitivas se han transformado poco a poco en sociedades en las que su autoridad tiene funciones bien determinadas, es decir, el poder para gobernar y regir a sus miembros, como hoy en día se conoce al Estado de Derecho.

Antes de iniciar con el análisis de la responsabilidad del Estado, es menester hacer un breve recorrido de la evolución que ha tenido esta concepción, partiendo de la idea de que el ciudadano debe saber que los principios que regulan la responsabilidad civil del Estado no difieren de los principios generales que rigen la responsabilidad civil para los particulares; es decir, que sigue siendo aplicable aquel principio general que dice que todo aquel que cause daño a otro sea por culpa o negligencia debe reparar el daño causado.

El Estado, como tal, nos dice COUTURE, es el "cuerpo político de la nación; persona jurídica de derecho público, constituida por la comunidad de los habitantes de un territorio determinado, organizado con arreglo a su Constitución para el cumplimiento de sus fines específicos" (Couture 1991 En: Registro Judicial, agosto 1994:141).

La responsabilidad del Estado no se concebía desde los inicios de la humanidad, ya que en la antigüedad y durante la Edad Media, el Estado era irresponsable y no se pensaba siquiera en la posibilidad de que éste indemnizara a cualquier particular por algún daño proveniente del ejercicio o desenvolvimiento de la actividad pública.

En el caso de que se produjera un daño como resultado de ésta, "todo el peso del daño recaía sobre las víctimas, sin que tuviesen ninguna acción para obtener indemnización; y no podían ir en contra del agente de quien emanaba más directamente el acto dañoso y menos aún contra el soberano" (Altamira Gigena, 1973 En: Registro Judicial, op. Cit).

En las legislaciones de las primeras etapas del desarrollo histórico, era extraña la idea de que pudiera existir derechos individuales privados, opuestos a la soberanía. En el Imperio Romano por ejemplo no existían derechos privados contra el Estado, ya que resultaba inconcebible con la noción de un Estado omnipotente, en el que el soberano no podía hacer daño o equivocarse, debido a su origen divino.

Posteriormente, se admitió en el derecho romano, en ciertos casos, la responsabilidad de los funcionarios, y se reconocieron algunos derechos al individuo frente al Estado, pero si bien el derecho existía en la teoría, su aplicación práctica era sumamente difícil debido a la falta de medios eficaces para llevarla a cabo.

La situación no varió en el Medievo, ya que apareció la noción del fisco vinculada a la noción de Estado, primeramente, en derecho romano que aparecía como una persona moral junto al emperador, a la cual pertenecían los bienes que el Estado utilizaba para el cumplimiento de sus fines, y a la cual le correspondían ciertos privilegios de derecho civil y de procedimiento.

Los tribunales del príncipe en cada territorio, no se hallaban facultados para tramitar demandas contra su autoridad o contra sus funcionarios, pues el príncipe no estaba sometido a su propio Poder judicial; en cambio, el demandante podría acudir a los tribunales del imperio. Pero el poder absoluto del príncipe procuró, mediante la obtención de imperiales privilegios, sustraerse al control de los tribunales imperiales. Cuando no podía obtener un privilegio imperial, lograba frecuentemente su objeto acudiendo a la violencia.

La laguna que ocasionó la supresión del control de los tribunales se pretendió llenar mediante la llamada teoría del fisco. Según esta teoría, el patrimonio público no pertenecía ni al príncipe ni al Estado soberano, sino a un sujeto jurídico distinto de ambos. La teoría del fisco consideró el derecho patrimonial como una parte del derecho privado; por lo tanto, no se encontraron dificultades para someter al fisco, como un particular cualquiera, a la justicia y a las normas jurídicas, es decir al derecho civil. Según Bartolomé Fiorini, esta teoría fue un avance hacia el principio de responsabilidad del Estado. (FIORINI,1965 En: Carr et. Al.(2016)).

Posteriormente, la llegada del Estado de derecho marcó la guía para el surgimiento y desarrollo del concepto de responsabilidad directa del Estado. "El correr de los años y la consolidación del Estado de derecho permitió la confirmación de esta tendencia transformadora, esencial en el derecho administrativo contemporáneo, ya que como señalan Enterría y Fernández, el principio de legalidad ... y el de responsabilidad patrimonial de los entes públicos constituyen los dos grandes soportes estructurales del derecho administrativo, cuyo equilibrio, amenazado siempre por el peso inicial de las prerrogativas del Poder, depende justamente de su correcto juego" (TAWILL, 1989 En: Registro Judicial Op. cit.).

La doctrina desarrolló varias teorías sobre la responsabilidad del Estado de las cuales se pueden destacar tres grupos; los que consideraban la irresponsabilidad del Estado en todos los casos, otros propugnaban por la responsabilidad absoluta del Estado, mientras que otras teorías se pueden clasificar como eclécticas que reconocían la irresponsabilidad del Estado, pero concedían acciones a la víctima para que pudieran reclamar al funcionario responsable del acto dañoso.

(a) Irresponsabilidad del Estado

De acuerdo con Borrell Macia, se concebía la no responsabilidad del Estado, ya que el Estado realizaba su misión a través de los funcionarios, los cuales eran necesarios nombrar y no una elección voluntaria. A su vez, se creía que los funcionarios eran el Estado, pero siendo este el derecho organizado no era responsable de los actos non jure de aquellos que actuaban de mandatarios, y en tales casos estarían fuera de sus atribuciones (Borrell (1958)).

Esta teoría se identifica según Martínez Miltos, como aquella doctrina absoluta que considera al Estado como única fuente de derecho. Ante el Estado los individuos no tienen derecho alguno y no puede concebirse que él cometa hechos ilícitos. (Martínez, 1956 En: Lombardi, 1965).

La crítica a esta teoría consiste en que, así como las personas jurídicas de derecho privado tienen la necesidad de nombrar a personas naturales para que obren en su nombre, siguiendo el mismo principio, entonces tampoco serían responsables. Si bien es cierto que tiene la necesidad de nombrarlo, no es menos cierto que puede escogerlo, aunado al hecho de que dicta los reglamentos y disposiciones con el fin de establecer los requisitos requeridos para cada cargo, por lo que, debe velar por el cumplimiento de tales deberes y si no lo hace, sería más notoria su negligencia.

Con respecto a los hechos ilícitos que el Estado no puede cometer, sería contrario a la idea de que siendo el Estado el encargado de cumplir con las leyes

y del imperio de la justicia, al momento de que uno de sus funcionarios cause un daño con mayor razón debe poner en práctica esas funciones y reparar el perjuicio, peor aún sería dejar de indemnizar el daño, que reconocer que se ha ejecutado un acto dañoso.

No cabe duda de la responsabilidad del principal cuando sus dependientes causen un daño, ya que lógicamente no está dentro de sus atribuciones, por lo que, se debe seguir el mismo principio.

Otra tesis es la que sostiene la irresponsabilidad del Estado fundándose en la doctrina de la doble personalidad, por la cual éste actúa como persona de derecho público y no estaría sujeto bajo ningún tipo de responsabilidad respecto de sus administrados, pues lo haría en virtud de su soberanía.

Esta doctrina de la doble personalidad se refiere a que el Estado puede manifestarse sobre dos fases distintas, una como entidad soberana la cual establece el bien común a través de mandatos de observancia obligatoria y como entidad jurídica a través del derecho civil capaz de adquirir derechos y obligaciones semejantes a las personas civiles.

(b) Responsabilidad absoluta del Estado

Es preciso destacar que esta teoría se basa en que el perjuicio se ha creado en virtud de la potestad que les ha dado el Estado a sus funcionarios para lograr el cumplimiento de sus disposiciones, por lo tanto, es responsable por la falta de cuidado al momento de escogerlo, y si cumplió con los requisitos, igualmente es culpable por no crear las normas necesarias o prever en la redacción de las leyes lo indispensable para evitar los eventos que resultaron en el acto dañoso.

Es de comprender que se requiere la existencia de funcionarios que actúen en nombre del Estado, por lo que, si todos los ciudadanos se benefician con la existencia y su funcionamiento, es de justicia que el daño que se le cause a un pequeño grupo de estos sea repartido entre todos.

El Consejo de Estado colombiano recogió en la sentencia de 30 de septiembre de 1949, el principio de justicia distributiva, estableciendo lo siguiente:

“En derecho público no todo daño genera la obligación de indemnizar en los mismos términos que en derecho privado, que se basa en la justicia conmutativa, y que nadie puede causar daño a otro. Sólo cuando con la acción administrativa se quebranta la justicia distributiva, surge para el Estado la obligación de indemnizar. El Estado en ejercicio de su soberanía puede a veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones, no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad”. (Ortega, 1959 En: Lombardi, 1965).

(c) Teoría ecléctica

Esta teoría en comparación con las anteriores consagra la irresponsabilidad del Estado, pero le conceden a la víctima acciones contra el funcionario que le causó el daño, fundamentándose en que el funcionario es un mandatario del Estado y todo el daño que se cause implica una extralimitación del mandato y las consecuencias de ello deben ser afrontadas, por el causante del daño y no por el Estado.

De igual manera, se deriva en que el Estado es una entidad abstracta que solamente puede actuar por medio de personas naturales, que deben asumir la responsabilidad que emana de sus actos, que son actos de agentes o individuos vivos concretos y no simplemente ideales. (Colombo, 1944 En: Lombardi, su. Cit.).

También se dice que la administración propiamente no es la que escoge a los funcionarios, sino que son elegidos a su vez por otros funcionarios, por lo que la responsabilidad terminaría recayendo sobre estos últimos.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

La concepción de irresponsabilidad estatal se confronta con el concepto de responsabilidad del Estado, concebible como "una consecuencia de su soberanía, en la que resultan inseparablemente unidos (sic) los postulados de deber y cooperación. Esa responsabilidad se origina en la esencia jurídica del estado de

derecho, de la administración reglamentada y el rechazo de las facultades discrecionales o políticas, absolutas, para los gobernantes"(ESCOBAR , (1991)).

Como persona jurídica que es, sujeto de derechos y obligaciones, es responsable, al igual que las personas de derecho privado, de los perjuicios que ocasionen sus agentes o funcionarios en el ejercicio de la actividad pública.

La responsabilidad del Estado se rige tanto por el principio de que todo daño causado ilícitamente por él debe ser reparado de buena fe, como por el principio de igualdad ante las cargas públicas, que sería una variante de la igualdad ante la ley, es decir que nadie puede soportar más imposiciones o perjuicios de parte del Estado que aquellos que la ley expresamente señala como obligatorios o lícitos.

En la actualidad se considera que todo daño ilegítimo creado por el Estado debe ser reparado por éste; empero, nos dice la autora González que “la obligación de responder va a surgir para el Estado cuando, aún frente a un obrar lícito, se perjudique particularmente a un individuo, para generar un bien común. En ese caso deberá indemnizarse al damnificado, supliendo este sacrificio especial, siempre que no haya por parte del administrado un deber jurídico de soportar el daño. (GONZALEZ (2013) En: Carr Op. Cit. (2016)).

Debido a lo anterior, podemos decir que no siempre el hecho generador del daño sea de carácter ilícito, para que genere en el Estado la obligación de reparar.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

Inicialmente nuestra legislación contemplaba tanto la responsabilidad indirecta como la directa, es decir que coincidía con el criterio de la responsabilidad absoluta del Estado.

Decimos lo anterior, en razón de que el artículo 1645 del Código Civil, en su párrafo cuarto establecía que el Estado era responsable por los daños causados por los actos u omisiones culposos o negligentes de sus agentes especiales, es decir que no responsabilizaba al Estado por el daño causado por el funcionario a quien propiamente correspondiera la gestión realizada.

Sin embargo, con las modificaciones introducidas al artículo 1645 del Código Civil, mediante la Ley N° 18 del 31 de julio de 1992, se estableció en forma clara y expresa la "responsabilidad directa del Estado", al disponer que la obligación que impone el artículo 1644 es exigible no sólo por los actos y omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder...El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

Esta disposición hace responsables directos al Estado, a las instituciones descentralizadas del Estado y a los Municipios, y no hace ninguna distinción en

cuanto a categorías o tipos de funcionarios o servidores públicos. Exigiendo solamente como requisitos: la producción de un daño; que el daño sea causado por el funcionario a quien propiamente le corresponda la gestión practicada, por acción u omisión culposa o negligente, y que dicha gestión se realice dentro del ejercicio de sus funciones.

Hay que señalar también, que no existe una norma que expresamente le otorgue competencia a la jurisdicción civil en los casos relativos a las demandas de indemnización contra el Estado, donde se reúnen los presupuestos del artículo 1645 del Código Civil. Sin embargo, debemos recordar que antes que se creara la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro país y antes de que existiera la norma que atribuye esta competencia específicamente a esa jurisdicción (artículo 97, numerales 8, 9, y 10 del Código Judicial), los tribunales civiles conocían de esas demandas en virtud del artículo 159 numeral 16 del Código Judicial (actual art.159, numeral 14).

Al respecto, nos documenta el autor Arjona que la posición de la Corte Suprema de Justicia de 1924, dejó en una situación de desamparo a los administrados, ya que en sentencias posteriores se estableció que el Estado era responsable por los daños y perjuicios que infiriera a los particulares con sus actuaciones y que la indemnización podía ser demandada a través de un juicio ordinario, lo cual fue confirmado por ejemplo en una sentencia de 13 de mayo de 1936 que señaló que esta es la vía procesal idónea para el resarcimiento del daño causado por la Administración. (Arjona, 2003 En: Gasnell, 2016).

Es decir, que los ciudadanos no contaban con una protección legal efectiva frente a los abusos en que incurriera la administración en su actividad, de allí que se aprobara la Ley 135 de 30 de abril de 1943, con el fin de crear la jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá.

En tanto que la Constitución Política de 1941, introdujo dentro del título “Instituciones de Garantías” el control de la constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, así como la acción de amparo en contra de las órdenes de hacer o no hacer, en el artículo 190, que por primera vez establece la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todas las autoridades administrativas, entidades políticas descentralizadas o autónomas y autoridades provinciales o municipales.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución de 1941 en el artículo 192 previó la creación, a través de la Ley 135 de 1943, de los tribunales y juzgados a los que les correspondería el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, no se siguió el mandato constitucional, sino que se creó un Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la capital del República, cuya jurisdicción comprende todo el país.

De igual manera, cabe destacar que el artículo 191 de dicha Constitución, estableció la limitación de solamente apreciar el acto administrativo para confirmarlo, reformarlo o revocarlo. De hecho, no se otorgaba a estos tribunales y juzgados la competencia para apreciar las responsabilidades a que hubiese lugar

en caso de que se decretara la ilegalidad demandada y se revocara el acto, delegando la competencia en los juzgados civiles, es decir, que se atribuyó a la jurisdicción judicial ordinaria el conocimiento de la responsabilidad del Estado producto de sus actos declarados ilegales.

Arjona trae a colación lo plasmado por el doctor José Dolores Moscote, quien fue uno de los principales redactores de la mencionada ley, en su obra “Instituciones de Garantía” señaló que el valor de dicha jurisdicción radica en que se trata de “una institución de garantías de los derechos de los administrados frente a la Administración, para frenar la arbitrariedad y los abusos que se suscitan cuando el control de la legalidad se encuentra en manos de funcionarios de la propia Administración”. (Arjona, Op. Cit.).

Cabe resaltar igualmente que en Panamá no se aprobó una ley de Procedimiento Administrativo hasta el año 2000, por lo que debía inferirse de la propia ley contencioso-administrativa qué situaciones eran demandables como actos administrativos, resoluciones, órdenes o disposiciones.

Por otro lado, la Constitución de 1946, introdujo el título “Jurisdicción Contencioso Administrativa” con la intención, podríamos decir, de separar las responsabilidades del control constitucional y legal. Además, estableció un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, cuando antes quedaba en manos de la ley 135 de 1943, cuya competencia quedó circunscrita a la revisión de los actos administrativos cuando existiese una persona afectada y al control de la legalidad a través de la acción popular cuando en la emisión de los actos, resoluciones,

órdenes o disposiciones la Administración haya incurrido en injuria contra derecho.

Posteriormente, con la ley 33 de 11 de septiembre de 1946, se derogaron gran parte de los artículos de la ley 135 de 1943 y se modificaron sustancialmente otros de las cuales conviene resaltar que a través de los numerales 12, 13 y 14, del artículo 13 se agregaron al Capítulo II De las funciones del Tribunal las siguientes:

“12. De las indemnizaciones de que deben responder personalmente los funcionarios del Estado o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas por razón de daños o perjuicios causados por actos que el Tribunal de lo Contencioso-administrativo reforme o anule;

13. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad subsidiaria del Estado o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones jurídicas en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con el pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado;

14. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado o las entidades públicas autónomas o semiautónomas causadas por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos.”

El otro artículo que añadió la ley 33 de 1946 fue el -27- que en el texto de la ley modificada sería el 42-B, y que está actualmente vigente, señala que “la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos subjetivos prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de dos meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho o la operación administrativa que causa la demanda”. Mismo que si bien habla de

derechos subjetivos, la lectura de éste debe hacerse de la mano del artículo 13 de la ley 33 de 1946.

Siguiendo con el desarrollo histórico, en 1956 se eliminó el título XIV “Jurisdicción Contencioso-Administrativa” de la Constitución de 1946, a través de la reforma introducida por el Acto Legislativo No.2 de 24 de octubre de 1956, con la cual inicia el control de la legalidad de los actos administrativos ya no siendo ejercido por un Tribunal de lo Contencioso Administrativo independiente sino adscrito a la Corte Suprema de Justicia, quien le correspondía el ejercicio de esta jurisdicción.

Es decir, que “en 1956, con las reformas constitucionales de ese momento, se elimina el Tribunal de lo Contencioso Administrativo por diversas razones y se expide la Ley 47 de 1956 que crea la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuya finalidad es controlar la legalidad de todos los actos administrativos que se expiden por parte de la Administración Pública”. ¹ (Ivstitia, Edición 76:12). Mientras que como lo señala Arturo Hoyos, la Constitución de 1972 no introdujo cambios fundamentales en la institución del contencioso administrativo. (Hoyos, 2005 En: Gasnell, 2016).

A la fecha, no ha habido ningún cambio en la legislación que regule el acceso al contencioso administrativo en Panamá, que sigue manteniendo su carácter revisor de los actos administrativos, como tampoco una referencia directa a los derechos subjetivos ni a la relación jurídico-administrativa, salvo por lo que

se expresa sobre el restablecimiento del derecho particular violado como facultad expresa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Con el acto constitucional de 1983 se incluyó las omisiones administrativas y la prestación defectuosa de los servicios públicos como objeto de esta jurisdicción. Luego de ello, se ha mantenido la misma legislación de desarrollo del control de la legalidad, con modificaciones mínimas en la Ley 38 de 2000, que derogó algunas normas de la Ley 35 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946.

Las normas que regulan el objeto y el acceso al contencioso administrativo son las siguientes:

Constitución Política de 1972

“ARTÍCULO 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1...

2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.”

Ley 135 de 30 de abril de 1943

“ARTÍCULO 42. Para ocurrir en demanda ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entenderá cuando los actos o resoluciones respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en los artículos 33 a 39, o se han decidido, ya se trate de actos o resoluciones definitivas, o de providencias de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación.”

**Ley 135 de 30 de abril de 1943, modificada por la ley
33 de 11 de septiembre de 1946**

“ARTÍCULO 42-A. La acción de nulidad contra un acto administrativo puede ejercitarse en cualquier tiempo, a partir de su expedición o después de su publicación si necesita de este requisito para entrar en vigor.”

Ley 38 de 31 de julio de 2000

“ARTÍCULO 163. Las resoluciones que decidan el proceso en el fondo y aquellas de mero trámite que, directa o indirectamente, conlleven la misma decisión o le pongan término al proceso o impidan su continuación, serán susceptibles de ser impugnadas por las personas afectadas por ellas, mediante los recursos instituidos en este Capítulo. (...)”

Por otro lado, el amparo de garantías constitucionales ha llenado parte del vacío que las limitaciones del contencioso administrativo han develado con los años. Toda vez, que la vía de recurso dentro del proceso administrativo, en la mayoría de los casos, está condicionado a la existencia de un acto administrativo o la negativa tácita por silencio administrativo, y al ser el agotamiento de la vía administrativa un requisito necesario para acceder al contencioso administrativo, la inactividad formal o material de la Administración y otras vulneraciones de

derecho subjetivos e intereses legítimos que se pueden dar a través de actuaciones administrativas no encuentran un cauce directo de impugnación dentro del procedimiento administrativo.

Cabe señalar que en nuestro país no se cuenta con una ley general de administración pública, ni una ley de organización y funcionamiento de la administración general del Estado como las que existen en otros países como en España, por lo que para exigir el cumplimiento de los deberes y obligaciones en pro de la buena marcha de la administración pública hay que cimentarse en la Constitución, en el Código Administrativo, la ley general de procedimiento administrativo, y las leyes especiales que regulan las instituciones y sectores específicos.

Decimos lo anterior, en virtud de que en la Constitución Política no se hace alusión a la Administración Pública como un ente independiente del Gobierno, con derechos y obligaciones, que debe atender el interés público, prestar servicios públicos y resguardar los derechos de los particulares, salvo lo señalado en los artículos 17, 18 y 284 pero en sentido general.

Por su parte, el Código Administrativo cuyo contenido ha sido en gran medida subrogado por otras normas, contiene un Título denominado “Administración Pública”, del cual destacamos el artículo 752, todavía vigente:

“ARTÍCULO 752. Las autoridades de la República han sido instituidas para proteger a todas las personas residentes en Panamá, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

También han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la Nación.”

Sin embargo, a pesar de que si bien el artículo 753, indica que para alcanzar los objetivos arriba descritos, se detallarán las reglas generales que deben tenerse presentes en el ramo administrativo, no es menos cierto que al revisar los capítulos de este título, es evidente que carece de directrices y principios imprescindibles sobre la administración pública.

Al respecto, está la inactividad administrativa en la legislación panameña, toda vez que hay una gran cantidad de situaciones omisivas o de inactividad que no obtienen una tutela judicial efectiva de manera indirecta a través de una pretensión de anulación, en vista de que las pretensiones de anulación del silencio administrativo negativo o acto presunto, no pueden resolverse en la práctica como por ejemplo, en la designación de servidores públicos, ya que el artículo 793 del Código Administrativo, respecto a los funcionarios designados por periodos fijos, señala lo siguiente:

“Ningún empleado administrativo dejara de funcionar, aunque su periodo haya transcurrido sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado al efecto, o el suplente respectivo”.

Esta norma obliga a todo funcionario designado por un periodo determinado (ministros, magistrados, administradores, gerentes de entidades autónomas,

alcaldes, tesoreros municipales, entre otros) a permanecer en su puesto o cargo hasta que su sucesor sea designado.

En el caso de las designaciones que no requieren ratificación de la Asamblea Nacional, como es el caso de los ministros de Estado, la situación se resuelve dentro de plazos razonables una vez se da la toma de posesión del presidente de la República, sin embargo, en la práctica, las designaciones que para entrar en vigor dependen de las mencionadas ratificaciones requieren en ocasiones de acuerdos políticos que toman algún tiempo, así como también lo son los nombramientos de los magistrados.

Entonces, las preguntas a lugar sería: ¿cuánto tiempo debe esperar el funcionario al que se le venció el periodo o es destituido mientras se da la nueva designación?; ¿cuál es su opción jurídica frente a la inactividad de la Asamblea Nacional o del Ejecutivo, o de otros entes colegiados, de la cual depende su tiempo de permanencia en el cargo y que no tienen un plazo cierto para ejercer esta función, pero tienen la obligación constitucional y legal de realizarla; tiene el funcionario que elevar una petición o solicitud formal para producir un acto administrativo, o esperar que luego de dos meses se produzca la denegatoria tácita por silencio administrativo y poder demandar su nulidad y solicitar a la Sala Tercera a su vez que ordene que se realice la designación de su sustituto?

Es decir que, con la falta de designación del nuevo funcionario dentro de un periodo razonable se podría estar violando el derecho subjetivo que tiene el servidor público que terminó su periodo, de atender sus asuntos personales,

aceptar una nueva opción laboral o ejercer una iniciativa empresarial, por lo que habría que sopesar bien el interés público que quiere preservar el artículo 793 del Código Administrativo frente a la vulneración de derechos e intereses legítimos que pueda darse con la excesiva dilación de la designación de su reemplazo.

Así como este caso, existen otros muchos ejemplos en la casuística panameña que representan muestras de cómo la figura del silencio administrativo es insuficiente e ineficiente para atacar la vulneración de derechos subjetivos, producto de las omisiones e inactividad formal o material de la Administración.

4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

Tradicionalmente la culpa, el daño y la relación de causalidad han sido los tres requisitos indispensables para poder exigir la indemnización derivada de la responsabilidad civil, que no es más que la obligación de reparar el daño material ilegítimamente causado por culpa o negligencia.

Así pues, algunos autores al enumerar los elementos contemplan el acto ilícito, la imputabilidad, la violación del derecho ajeno, que guardan relación entre sí, pero a continuación desarrollaremos los elementos que en materia de responsabilidad civil del Estado sea necesario examinar para demostrar la responsabilidad.

Para mayor ilustración citamos el fallo bajo la ponencia del Magistrado ABEL AUGUSTO ZAMORANO, del día 26 de abril de 2016, dictado dentro de la

Demanda Contencioso Administrativa De Indemnización, Interpuesta por el Licdo.

Alexander Valencia, en representación de Samuel Núñez:

"En la sentencia de 24 de mayo de 2010 y 20 de noviembre de 2009, al conceptuar sobre el sentido y alcance del artículo 1644 del Código Civil en particular, el Tribunal señaló que para que se configure el mal funcionamiento del servicio público deben acreditarse los siguientes elementos:

- "1. La existencia de una conducta culposa o negligente.
2. La presencia de un daño directo, cierto y susceptible de ser cuantificado; y
3. La demostración del nexo de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del agente provocador del evento."

...

1. El daño

Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de antijurídico y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo.

...

Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal [carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades], o a la esfera patrimonial [bienes e intereses], que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno [\[10\]](#).

...

2. La existencia de una conducta culposa o negligente y su nexo con el daño.

Bajo este aspecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1644 del Código Civil la conducta generadora del daño antijurídico requiere de la culpa o negligencia, esto es, que el

sujeto con su actuar o con la omisión, viole deberes preexistentes, máxime de los deberes especiales que en una situación en concreto establece el ordenamiento jurídico [\[36\]](#).”
(Registro Judicial, Abril 2016:1449-1489)

Se comprende entonces, que el daño antijurídico no tiene fundamento en norma jurídica alguna, por lo que las personas no están obligadas a soportarlo, tal como ocurre, por ejemplo, en la sustracción de la posesión de una cosa, o ya sea por la actividad, omisión o la inactividad de la administración.

(a) La conducta o el hecho dañoso

Es una conducta humana, activa u omisiva, puede ser voluntaria o involuntaria, dolosa o culposa. A la vez puede ser realizada por el sujeto actuando por sí, o por encargo de otro, ya sea persona física o jurídica.

Para que pueda deducirse responsabilidad civil a una determinada persona, es menester que ella observe una conducta dañosa, como primer presupuesto, pues bien, se dice que esa conducta generalmente consistirá en una acción positiva, no obstante, también puede llegar a consistir en una acción negativa, entendiendo por tal, la abstención de la observancia de un determinado comportamiento que podía y debía ser llevado a cabo por parte del funcionario.

En consecuencia, la existencia de una conducta generadora de responsabilidad civil puede consistir en un hecho positivo o acción por comisión, como en un hecho negativo o acción por omisión, de quién omite cumplir con sus

deberes o funciones, o si las ejecuta, se realiza mal, ya sea por negligencia, culpa o dolo.

La culpa es la falta de diligencia o cuidado de la persona que causó el daño y como regla general el afectado que alega el daño, es quien debe probar los elementos de la responsabilidad, incluyendo la culpa o conducta negligente; sin embargo, el principio de la responsabilidad por culpa puede presentar una variante en el caso del Estado, pues ésta tiene una tendencia a la objetivación.

Nuestro Código Civil en el artículo 34-C, clasifica la culpa o descuido en tres distintas especies:

- **La culpa grave, negligencia grave, culpa lata**, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo, que consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.
- **Culpa Leve, descuido leve, descuido ligero**, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

- **Culpa o descuido levísimo**, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

En la actualidad, la tendencia de la responsabilidad del Estado se encuadra en la imputación objetiva, es decir, que se produce con independencia de toda culpa, ya que se encarga de las diferentes actividades encaminadas a satisfacer las necesidades generales de la población, siendo el responsable directo por la prestación deficiente o la falta de cobertura de los diversos servicios que está obligado a prestar.

Tal situación conlleva a dejar sentado el criterio de que no es solo buscar que un determinado resultado lesivo sea efectivamente obra del Estado por una conducta específica, sino que basta con la producción del daño a la víctima, que no está obligada a soportar, para que este sea resarcido.

(b) El daño

El daño o la lesión de un derecho, es uno de los elementos necesarios para que surja la obligación de reparar y es el punto de referencia de todo el sistema resarcitorio que conduce a la concepción de la responsabilidad civil y a un sistema de reparación.

El daño debe ser cierto, es decir, que no quede duda de su realidad, por lo tanto, debe ser acreditado -probar su existencia-, no basta con simplemente alegar que se ha producido un menoscabo.

De igual manera, se espera que el daño sea actual o futuro y no eventual, entiéndase que el perjuicio sea de inevitable producción, ya que no es necesaria la producción de forma inmediata al realizarse la actividad dañosa, también cabe resaltar que no sólo se debe considerar el daño o el perjuicio como consecuencia directa del hecho lícito o ilícito por parte de la administración sino la capacidad de soporte por parte de la víctima, ya que por disposición constitucional el Estado está llamado a salvaguardar los derechos y libertades de los administrados.

(c) La relación de causalidad

Este elemento lo que exige para que se configure la responsabilidad es que entre el daño alegado y la conducta estatal debe existir una relación directa e inmediata de causa efecto.

Tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia aceptan la responsabilidad derivada de los actos lícitos o los desarrollados en el ejercicio de su actividad, así que no se discute la responsabilidad proveniente del comportamiento ilícito de la administración.

Los daños que se hayan causado deben ser jurídicamente imputables al Estado, ya que el artículo 990 del Código Civil provee una excepción de la cual se

desprende que los daños producidos por caso fortuito o por fuerza mayor no generen responsabilidad estatal.

Este elemento se refiere a la pregunta ¿qué causó el daño?, es decir, los sucesos que tienen incidencia en la producción de un resultado, para luego determinar quién lo creó.

El principio de imputabilidad consagra la indemnización del daño antijurídico como resultado de la actividad estatal cuando éste lo haya causado, cuyo ideal no es solamente la reparación, sino una advertencia al deber de cuidado o prevención para mejorar la realización de la actividad administrativa en general.

5. FUNCIONES DEL ESTADO

Siendo que el Estado es el orden jurídico de la sociedad, y para poder lograr su finalidad debe estar debidamente organizado, el mismo crea los medios necesarios para manifestar su voluntad y ejercer su acción, la cual se desempeña para cumplir sus diversos objetivos, divididos en tres: legislativo, administrativo y jurisdiccional.

Por ello, dicha actividad es desempeñada por numerosas personas, ya que el Estado, por su naturaleza propia debe actuar a través de sus representantes o funcionarios pertenecientes a los diferentes poderes gubernativos, ejerciendo ya sea directamente, por delegación o dentro de la jerarquía correspondiente.

Se debe tener presente, que el perjuicio no siempre deriva del dolo, culpa o la negligencia de los funcionarios, pues se ha dado la ocasión en que la misma administración o mejor dicho el poder legal del Estado requisa una propiedad privada para remediar una necesidad de interés público, o para su propio uso o de un tercero, sin el consentimiento del legítimo propietario; por ejemplo, para completar proyectos públicos producto de la falta de planificación y desarrollo urbano.

(a) Legislativas

En cuanto a la confección de leyes, muchas veces podemos ver que las mismas discrepan de las disposiciones anteriores de índole constitucional, además de que pueden verse alejadas del carácter social, y conllevar a que sean arbitrarias y portadoras de lesiones a los derechos preexistentes, los cuales causan daños cuantiosos.

(b) Ejecutivas o Administrativas

La administración, encargada de hacer efectivo los servicios públicos según los preceptos legales, al momento de prestarlos debe ir encaminada a llenar las exigencias de la sociedad, sin embargo, puede verse imperfecta, incompleta o desviarse de su fin hasta llegar a colisionar los intereses o atribuciones de aquellos a quienes debía precisamente favorecer.

(c) Judiciales

El ideal de la aplicación de las leyes es que se satisfaga las garantías que la norma jurídica asegura de un modo universal y abstracto a un caso concreto, no obstante, suele suceder también, que se experimente serias desviaciones, ya sea por errores, por prevaricato del juzgador o por diferencias en la organización procesal.

Dentro de un Estado de Derecho las deficiencias y los hechos anotados suelen tener a veces remedios, pues el equilibrio de los poderes públicos permite intentar recursos judiciales, contenciosos administrativos, los cuales son dirigidos a obtener la enmienda o la reparación consiguiente. Pero no siempre sucede así, porque el problema aparece al considerar en qué casos, en qué proporción y hasta dónde alcanza la responsabilidad aquiliana del Estado en sus aspectos, como el poder público y como persona jurídica que lesiona los intereses particulares.

6. CLASES DE INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD ESTATAL

(a) El daño a la propiedad por acto del Estado

La existencia de una acción de indemnización en contra del Estado, cuando éste cause daños por acto directo o intencional, constituye una forma de garantizar la propiedad privada frente a los abusos del Estado.

Así pues, por ejemplo, cuando se condena al Estado a pagar daños y perjuicios por haber tomado el Estado terrenos sin seguir el procedimiento de expropiación o cuando no paga suma alguna a los propietarios según lo establecido en los artículos 3 de la Ley 57 de 1946 y 1928 del Código Judicial.

En el fallo que describimos a continuación, si bien el Ministerio de Desarrollo Agropecuario no siguió el procedimiento de indemnización por expropiación, el mismo no se trata de una ejecutoria que condena al Estado por razón de daños y perjuicios causados por dicha contravención, ya que no es la pretensión de la actora, pues, su petición se enmarca en que se condene al Estado en concepto de indemnización por expropiación únicamente, lo cual a propósito queremos resaltar para hacer algunas consideraciones al final.

Veamos pues, el fallo bajo la ponencia del Magistrado JOSE A. TROYANO, del día 27 de mayo de 2005, dictado dentro del Proceso Ordinario incoado por DESARROLLO DE CERMEÑO, S.A. en contra del ESTADO Y/O MINISTERIO DE DESARROLLO AGROPECUARIO (MIDA):

“ ...

La sociedad DESARROLLO DE CERMEÑO, S.A. presentó demanda que le correspondió al Juzgado Primero del Tercer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, con el objeto de que se condenara al Estado a pagarle la suma de... B/24,000,000.00 o la que resultara de justa tasación pericial, más los intereses legales a partir del 3 de abril de 1974, en concepto de indemnización por la expropiación de la Finca No. 3119...

Esta indemnización se solicitó en vista de que mediante sentencia proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia el 19 de noviembre de 1993, **se declaró inconstitucional el**

artículo 4 del Decreto No. 17 de 3 de abril de 1974, que fijaba unilateralmente en la suma de B/66,525.69 el monto de la indemnización que debía pagar el Estado a la sociedad demandante, por ser la propietaria de la finca expropiada y ordenaba el pago de dicha indemnización en bonos agrarios al 1% de interés anual, redimibles en un plazo de 40 años. ...

Una vez surtida la tramitación correspondiente, el Juzgado Primero del Tercer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Civil, dictó la Sentencia No. 1 de 10 de enero de 2002, en la cual se condena al Estado y/o Ministerio de Desarrollo Agropecuario (MIDA) a pagar a DESARROLLO DE CERMEÑO, S.A. la suma de B/160,000.00 en concepto de indemnización por la expropiación...

Contra esta sentencia apelaron la sociedad demandante..., y el Fiscal Tercero Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, recursos que fueron resueltos por el Primer Tribunal Superior de Justicia en la resolución que ahora se impugna en casación fechada 30 de abril de 2003, la cual en su parte resolutive resolvió...:

"En mérito de lo expuesto, el PRIMER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, MODIFICA la Sentencia No. 1 dictada por el Juzgado Primero Civil del Tercer Distrito Judicial de Panamá el 10 de enero de 2002, en el sentido que la suma que el Estado y/o Ministerio de Desarrollo Agropecuario debe pagar a DESARROLLO DE CERMEÑO, S.A. es la cantidad de B/.400,000.00 en concepto de indemnización por la expropiación de la Finca de su propiedad No. 3119, inscrita al Tomo 62, Folio 130 de la Sección de la Propiedad, Provincia de Panamá."..."

...lo que se plantea en este recurso es que el Tribunal Superior incurrió en la causal de violación directa, por no haber aplicado los artículos del Código Agrario al momento de determinar el monto de la indemnización...

...no podía fijar unilateralmente el monto de la indemnización que debía recibir la dueña de la finca expropiada, toda vez que al no haber mediado acuerdo sobre este punto, era imprescindible que se entablara un proceso con el propósito de que un juez estableciera el monto de la indemnización.

...la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de los artículos del decreto de expropiación... también señaló que se trataba de una expropiación extraordinaria y, con base en ello,

señaló que para determinar dicha indemnización debía entablarse un juicio...

Los artículos 45 y 46 del Código Agrario que el recurrente acusa de haber sido violados directamente por el Tribunal Superior, se refieren a la... expropiación ordinaria y no a la extraordinaria que es la que nos ocupa en el presente caso, como se desprende del texto de dichas disposiciones legales...

En estas circunstancias, la Sala concluye que el Tribunal Superior no incurrió en la violación directa de los artículos 21, 45, 46 y 499 del Código Agrario ni el artículo 1931 del Código Judicial, toda vez que dichas disposiciones legales no eran aplicables a la controversia.

...se descarta el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO DE DESARROLLO AGROPECUARIO (MIDA).

El recurso de casación presentado por la parte actora, DESARROLLO DE CERMEÑO, S.A.,...

...alegaba que el Tribunal Superior no valoró correctamente los dictámenes periciales que constaban en el proceso, los cuales, a su juicio, son suficientes para determinar el monto de la indemnización que se reclama en este proceso...

Considera el Tribunal Superior que la pretendida indemnización por la posibilidad del desarrollo de un proyecto turístico, no pasa de ser una mera expectativa de lucro,... razón por la cual el reconocimiento de una indemnización contra el Estado en forma exorbitante basado en meras expectativas, convertiría la reparación en fuente de un enriquecimiento sin causa.

...esta corporación judicial advierte que la prueba pericial practicada por el arquitecto Jorge L. Pitalúa G. y el Licenciado Mario Benítez, como peritos de la parte demandante en la inspección judicial que tuvo lugar durante la primera instancia del proceso en la finca expropiada, cumplió con todos los requisitos establecidos por la ley, razón por la cual podía ser estimada por el juzgador con fundamento en lo dispuesto en el artículo 980 del Código Judicial...

...los avalúos procedentes de la Dirección de Catastro del Ministerio de Economía y Finanzas y de Auditoría de Bienes Patrimoniales de la Contraloría General de la República reúnen los requisitos para ser considerados como documentos públicos...

Consecuentemente, esta corporación judicial estima que el Tribunal Superior incurrió en la causal de error de derecho en la apreciación de las pruebas señaladas, violando como consecuencia el artículo 980 del Código Judicial y el artículo 986 del Código Civil, al haber fundamentado su decisión en una operación matemática oficiosa basada en la Ley No. 106 de 1974 que regula el impuesto de transferencia de bienes inmuebles...

En vista de que se ha encontrado fundada la causal, lo procedente es casar la sentencia proferida por el Primer Tribunal Superior de Justicia y, actuando como tribunal de instancia, dictar la sentencia de reemplazo tal como lo dispone el artículo 1195 del Código Judicial,...

...la Sala debe fijar el monto de la indemnización que debe pagar EL ESTADO a DESARROLLO DE CERMEÑO, S.A. en la suma de...(B/3,518,150.00) por la expropiación de la Finca No. 3119...

Igualmente, se debe ordenar el pago de los intereses legales a partir de la fecha en que tuvo lugar la expropiación..."
(Registro Judicial, Mayo 2005) **(lo resaltado nos pertenece)**

Cabe distinguir que el artículo 3 de la Ley 57 de 1946, establece que el Estado no puede fijar unilateralmente el monto de una indemnización por expropiación; pues, al no darse un acuerdo sobre este punto entre el gobierno y el propietario del inmueble expropiado, es imprescindible que se entable un proceso judicial a fin de que un juez determine dicho monto.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 159 literal c del Código Judicial, el proceso de expropiación es competencia de los Jueces de la esfera circuital; y, para ello, se debe cumplir con el trámite previsto en los artículos 1913 a 1931 del Código Judicial, dentro de los cuales se encuentra el establecer el monto o valor del bien expropiado, a fin de indemnizar al titular del bien.

Mientras que, de los supuestos del artículo 97 del Código Judicial, se desprende que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia no cubre la universalidad de reclamaciones relacionadas a las indemnizaciones por daños y perjuicios que pueden formularse en contra del Estado, ya que dicha Sala sólo conocerá **aquellas que sean por razón de daños o perjuicios causados por actos que dicha Sala reforme o anule; por aquellas que originen las infracciones en que incurra cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo; y, las emanadas del mal funcionamiento de los servidores públicos a ellos adscritos.**

(b) El perjuicio por acto arbitrario de la administración

Las demandas presentadas por los particulares que reclaman indemnización contra el Estado o contra los entes públicos, cuando los daños se han cometido por un acto arbitrario de la administración, que afecta intereses privados, diferentes a los atentados contra la propiedad.

AGUSTINA ESPINOSA, ELIZABETH GARCIA COQUET y ANGIE ABAD, debidamente representadas, invocaron la intervención de lo contencioso administrativo a fin de que se condenara al Estado a indemnizar por daños y perjuicios sobre la cuantía de cincuenta y tres mil doscientos noventa y tres balboas (B/.53,293.00); por la orden arbitraria e ilegal de suspender Libretas de Lotería, trámite que fue objeto de una acción de amparo de garantías

constitucionales, la cual fue concedida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia de 20 de mayo de 2010, ordenando la revocatoria de las resoluciones No.2009-198-A; No.2009-201-A y No.2009-199-A de 18 de diciembre de 2009, señalando que del examen de los cuerpos normativos que sirvieron de sustento a los actos impugnados, no contemplaban el trámite de suspensión de asignación de Libretas de Lotería; decisión tomada en abierta contravención del artículo 17 constitucional, aunado al hecho de que la suspensión fue por más de tres (3) meses sin justificación alguna; en consecuencia, las demandantes se privaron de recibir los montos provenientes de las asignaciones semanales correspondiente a los sorteos respectivos; y por razón de la evidente relación de causalidad directa entre la falla del servicio administrativo y el daño, el Estado debe reparar el daño causado a las demandantes, en atención a lo que figura previsto en el artículo 1644 y 1645 del Código Civil, que le imputa responsabilidad al Estado cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones; todo lo anterior, llevó a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a condenar en abstracto al Estado Panameño a indemnizar a las demandantes por los daños y perjuicios causados. (Registro Judicial, Diciembre 2014:1345-1354).

(c) Daños causados por negligencia en el ejercicio de las funciones del Estado

La jurisprudencia también ha responsabilizado civilmente al Estado por los daños causados por negligencia en el ejercicio de sus funciones, lo cual se refiere a los actos autorizados por los reglamentos (y algunas veces ordenados por ellos), pero cuya ejecución ha sido negligente.

Los señores DILTA MORENO DE RODRÍGUEZ y FRANCISCO RODRÍGUEZ LEDEZMA, inician demanda contenciosa administrativa de reparación directa con fundamento en la mala prestación de un servicio público, en este caso arguyendo la inobservancia del deber de los cuidados con los que debe actuar un agente del orden público, CARLOS JAVIER MIRANDA ESTRIBÍ (miembro de la Policía Nacional), quien producto de negligencia causó la muerte de su hijo NORBERTO RODRÍGUEZ MORENO el día 17 de julio de 2005 en el Distrito de Dolega, provincia de Chiriquí; la parte demandante señaló que se infringió de manera directa por omisión el artículo 22 del Decreto Ejecutivo No.168, de 15 de junio de 1992, ya que quedó probado en el proceso penal, que CARLOS JAVIER MIRANDA ESTRIBÍ, utilizando el uniforme y arma de rigor, con la cual desacatando la adopción de medidas de seguridad para evitar lesionar la vida de terceros, realizó dos disparos hacia el piso en lugar de al aire, dirigiéndose uno en trayectoria a la vivienda de NORBERTO RODRÍGUEZ MORENO (Q.E.P.D); estiman los daños ocasionados producto de dicho suceso culposo en la suma total de ciento setenta y cinco mil ciento setenta y tres balboas con noventa y dos

centésimos (B/.175,173.92); la responsabilidad extracontractual del Estado relacionada al caso guarda relación con la comisión de un hecho punible por cuenta de un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, presupuestos insertos en el numeral 9 del artículo 97, en concordancia con lo señalado en los artículos 206 de la Constitución Política, 1644 y 1645 del Código Civil patrio, referente a las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia; de igual manera, dicha responsabilidad encuentra su regulación en lo normado en el artículo 126 del Código Penal de 1982, mismo que establece que "El Estado, las instituciones públicas autónomas, semi-autónomas o descentralizadas así como los municipios, responderán subsidiariamente en el monto de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus servidores con motivo del desempeño de sus cargos."; así pues, toda vez que la Sentencia de Segunda Instancia No. 9 de 30 de junio de 2009 proferida por el Tribunal de Apelaciones y Consultas del Circuito de Chiriquí, revocó lo dictaminado por el Juzgado Municipal del Distrito de Dolega, decretando en su defecto condena de 12 meses de prisión por el delito de homicidio culposo a CARLOS JAVIER MIRANDA ESTRIBÍ, al igual que el pago en abstracto de este y el Estado representado en la Institución de la Policía Nacional, de los daños materiales y morales causados a la víctima, se deja manifiesta la culpabilidad del imputado en el proceso penal ventilado, estableciendo así un nexo de causalidad entre su actuar negligente (considerado antijurídico), y el bien jurídico lesionado, en este caso la vida de NORBERTO RODRÍGUEZ MORENO (Q.E.P.D.), generando no sólo su responsabilidad penal, sino también la civil de índole

resarcitoria, haciéndola extensiva a la entidad demandada y por ende al Estado, de forma subsidiaria; por lo tanto, la Sala Tercera de la Corte Suprema, Condenó a la Policía Nacional, entidad adscrita al Ministerio de Seguridad Pública (el Estado Panameño), al pago de la suma de VEINTICINCO MIL BALBOAS CON 00/100 (B/25,000.00), en concepto de daño moral experimentado por los demandantes por la muerte de su hijo, y Ordenó a la Policía Nacional a realizar sus disculpas públicas a los familiares de NORBERTO RODRÍGUEZ MORENO (Q.E.P.D). (Registro Judicial, febrero 2016: 662-676).

(d) El defectuoso mantenimiento de los servicios públicos

Otro de los daños indemnizables por el Estado, según la jurisprudencia lo es el que se refiere al defectuoso mantenimiento de los servicios públicos y de la propiedad del Estado, en los casos que se acredite que el Estado falló en la prestación del servicio público, ya sea porque no se prestó o se prestó de forma deficiente creando un daño a la persona afectada y que debe ser reparado en su integridad.

Para ello traemos a colación, el fallo bajo la ponencia del Magistrado ABEL AUGUSTO ZAMORANO, del día 26 de abril de 2016, dictado dentro de la Demanda Contencioso Administrativa De Indemnización, Interpuesta por el Licdo. Alexander Valencia, en representación de Samuel Núñez:

“ ...

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Los solicitantes han manifestado en su libelo, haber sufrido daños y perjuicios materiales y morales causados a consecuencia del fallecimiento de su hija Lourdes D. Núñez Navarro (q.e.p.d).

Los peticionarios solicitan a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre lo siguiente:

1. Que se declare que el Patronato del Hospital Santo Tomás es responsable de todas las complicaciones que sobrevinieron producto de todos los actos quirúrgicos realizados a la paciente Lourdes Núñez Navarro (q.e.p.d) por mal funcionamiento del servicio público de salud que le prestó su personal médico desde su ingreso al nosocomio el día 21 de enero de 2005, hasta su deceso el 24 de marzo de 2005.
2. Que se declare que el Patronato del Hospital Santo Tomás y el Estado Panameño, están solidariamente obligados a pagarle al señor Samuel Núñez, la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento de los servicios públicos de salud a cargo del Hospital Santo Tomás,...

2.1 La falla del servicio público [45] y en la prestación del servicio de salud.

...

La falla en el servicio es el fundamento de imputación diseñado por el sistema francés, en contraposición al régimen de la culpa, propio del Derecho Civil, según el cual consiste en el mal funcionamiento de los servicios que se encuentran en cabeza del Estado, ya sea porque éste no se prestó, se prestó tardíamente, defectuosamente o equivocadamente. Por lo cual, mientras la parte que demanda la responsabilidad estatal, tiene la carga de demostrar dicha falta, corresponde a la administración, acreditar que su actuación fue oportuna, prudente, diligente, eficaz y con pericia, es decir, que no hubo falla del servicio o, que no obstante, su adecuada y oportuna actuación, se presentó una causa extraña, que desbordó su diligencia y eficacia, a saber, la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o, el hecho, también, exclusivo y determinante de un tercero.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las actuaciones de la administración, por su naturaleza, son esencialmente regladas, la falla del servicio ha sido considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado, de manera que para lograr determinar cuál es el contenido obligacional al que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan la actividad pública causante del perjuicio, previendo, adicionalmente que la determinación de la obligación administrativa, no solo está circunscrita a los casos en que la ley o el reglamento la consagran expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza, o cuando la actividad cumplida está implícita en las funciones del Estado [46].

Nótese igualmente, que la falla de la administración, se configura, no sólo en la mala prestación de los servicios a cargo del Estado sino, también, por la falta o ausencia de prestación, es decir por omisión, en el entendido que el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr la garantía y seguridad, real, de los bienes jurídicos y derechos de los administrados, y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos. En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la imputación de un daño antijurídico a la administración, es necesario que se acredite la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios y la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso, de manera que lo que aquí se realiza, es una imputación objetiva por desconocimiento de los deberes normativos, a título de falla [47].

En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se ha producido como consecuencia de una violación -conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual resulta de la labor de diagnóstico que adelanta el juez en relación con las falencias en las cuales incurrió la Administración y se constituye en un juicio de reproche que no puede pasarse por alto, porque, en todo caso, debe contemplarse en primer lugar, la aplicación del

régimen de falla en el servicio, de manera que, siempre que se encuentre demostrada, habrá que llamar la atención sobre ella, aun cuando no haya sido alegada por el demandante, y así se cumplirá con los cometidos sociales del juicio de responsabilidad, cual es evitar que casos semejantes se repitan o ejercer un llamado a las autoridades administrativas para que cumplan los cometidos del ente estatal [\[48\]](#).

...

3. El caso en concreto.

...

En conclusión, la entidad pública demandada no tuvo en cuenta la complejidad y el riesgo adecuadamente que implicaba la situación médica de la señora Lourdes Núñez Navarro, como de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometida y del empeoramiento postoperatorio, de manera tal que ante la falta de oportunidad, la inactividad en el despliegue de todos los medios médicos razonables y la insuficiencia en las órdenes, procedimientos y tratamientos realizados, pese a las evidencias diagnósticas, no hubo una respuesta idónea, necesaria y ponderada a la amenaza irreversible e irremediable que enfrentaba por su cuadro clínico la señora Núñez Navarro. A lo que cabe agregar la insuficiente protección del consentimiento que debía ofrecer la paciente, que no se reduce a una simple fórmula instrumental, a un mero formato, a una expresión básica, sino que debe comprender en toda su extensión la comprensión de las amenazas y riesgos que debía enfrentar ante la situación médica. ...

Finalmente, de acuerdo al anterior desglose se concluye que, en definitiva la familia Núñez-Navarro, representadas por el señor Samuel Núñez, tienen derecho a que se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos por la pérdida de su hija, Lourdes Núñez Navarro, por un monto total de doscientos veinticinco mil balboas (B/.225,000.00) que corresponde a la sumatoria de todos los daños y perjuicios materiales y morales aceptados por la Sala desglosados de la siguiente manera:

1. Daño Material (Lucro Cesante): B/.75,000.00
2. Daño Moral B/.150,000.00

En atención a que se encuentran probados en autos; son pertinentes y están vinculados con la muerte de la Señora Lourdes Núñez Navarro y han sido enmarcados dentro de los

parámetros establecidos en la sentencia de 21 de diciembre de 2009 proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONDENA AL PATRONATO DEL HOSPITAL SANTO TOMÁS (ESTADO PANAMEÑO) por el mal funcionamiento de los servicios públicos que ocasionaron la muerte de Lourdes Núñez Navarro y ORDENA pagar al señor Samuel Núñez la suma de doscientos veinticinco mil balboas (B/.225,000.00), en concepto de indemnización por daños y perjuicios materiales y morales, causados como consecuencia de la muerte de su hija Lourdes Núñez Navarro.” (Registro Judicial, Abril 2016, Op. Cit). **(lo resaltado nos pertenece)**

(e) Daños cometidos por el Estado en su actividad privada

Nos referimos a los daños que se producen en las mismas circunstancias que si el causante hubiera sido cualquier particular, es decir que, no se trata de daños cometidos por infracciones o por negligencia de sus funciones públicas, sino en los actos usuales de su gestión privada.

Al respecto, pasamos a destacar un extracto del fallo bajo la ponencia del Magistrado Harley J. Mitchell D., del día 26 de julio de 2007, dictado dentro del proceso ordinario declarativo de mayor cuantía iniciado por el CENTRO MÉDICO DEL CARIBE, S.A. contra CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL (COFINA):

“En relación con el artículo 159, ordinal b que le atribuye a la jurisdicción civil el conocimiento de los procesos civiles en que intervengan como parte el Estado, Municipios, entidades autónomas o semiautónomas, conviene advertir que, tal como destaca el fallo recurrido, la Sala ha precisado el sentido y alcance de la norma en cuestión. De acuerdo con dicha interpretación, en los casos en que la administración pública

actúa en carácter de persona de derecho civil, conoce del proceso la jurisdicción civil. Este criterio se viene repitiendo de forma invariable en la jurisprudencia de la Sala, tal como lo destaca el fallo 21 de julio de 2006, el cual se permite la Sala citar en lo medular:

"Aún cuando es cierto que los artículos 159 y 2627 del Código Judicial establecen, respectivamente, la competencia de los juzgados de circuito para conocer de los procesos en que sea parte, entre otros entes públicos, el Municipio y la vía ordinaria para reclamarle daños y perjuicios al funcionario que dictó la orden revocada en amparo; es preciso que esta Sala explique los supuestos en que se aplica el primer artículo y la condición en que se encuentra el segundo.

Así pues, ya ha dicho esta misma Sala que el literal b) del **artículo 159 del Código Judicial, es aplicable** a los procesos en que figuren como parte el Estado, Municipio u otras entidades públicas y cuyas causas se originen **en relaciones en que estos han actuado como entes de derecho civil**, o sea, en virtud de la naturaleza privada de la actuación que los vincula al caso, **situación que es una excepción a la regla general**. En este sentido puede consultarse el fallo de 21 de octubre de 1999, en el que se dijo:

"Consideró el actor que esta norma fue infringida de forma directa por comisión en el fallo del ad-quem, toda vez que el fundamento de la demanda, así como su naturaleza, son civiles, ya que el demandante no impugnó ningún acto de carácter administrativo.

Debe apuntar esta Corte de Casación que **la tendencia moderna es que todo caso en que esté involucrado el Estado, debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso administrativa;...**"

Es el criterio de la Sala que la norma debe interpretarse en el sentido de que es competencia de los Jueces de Circuito conocer de los procesos en que El Estado o sus instituciones figuren como entes de derecho civil, **por la naturaleza de la actuación que los vincule al caso; esto es como excepción al principio** expuesto." (Registro Judicial de octubre de 1999, pág. 68)

No resulta ocioso señalar que la norma recogida en el artículo 159, literal b del Código Judicial constituye un resabio de

la ya superada teoría de la doble personalidad del Estado, según la cual éste tiene dos personalidades, una de derecho público y otra de derecho privado. Actúa como persona de derecho público cuando, en ejercicio de su imperio, se ubica por encima de los particulares; utiliza la segunda personalidad, **la de derecho privado, cuando se despoja de su poder para actuar como una persona moral ordinaria, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, al situarse en un plano de igualdad con los gobernados y someterse a las normas del derecho privado**. Sin embargo que, como viene dicho, la tendencia moderna es asignarle el conocimiento de los negocios jurídicos en que intervenga la administración pública a la jurisdicción contencioso administrativa (teoría de la personalidad única del Estado). **La teoría de la personalidad única del Estado admite que éste, así como sus entidades, pueda realizar no sólo actos sujetos al derecho público sino, también, actos regulados por el derecho privado**, lo cual no desmiente la personalidad única del Estado, sino simplemente significa que actúa en esferas jurídicas diferentes, porque como **explica el profesor Miguel Acosta Romero: "el Estado es una persona jurídica de derecho público con una sola personalidad y voluntad, que se regula en su estructura y funcionamiento por la Constitución y leyes administrativas secundarias y, cuando entra en relaciones de derecho civil, nunca pierde su carácter de Estado, ni su voluntad cambia"**. (Registro Judicial, Julio 2007). (lo resaltado nos pertenece).

Del fallo citado, se desprende pues, la diferencia entre los actos realizados por la administración sujetos al derecho privado y los regulados por el derecho público, por ejemplo, para que un contrato de arrendamiento celebrado entre un particular y el Estado se entienda que es de carácter administrativo, el bien dado en arrendamiento debe ser de propiedad del Estado.

De igual manera, para saber si se trata de un contrato administrativo se debe examinar la finalidad de la contratación, y si éste tiene como fin la prestación de un servicio público, en cuyo caso, estaríamos ante un contrato administrativo.

Además, otra característica de los contratos administrativos es que lleven insertos en su contenido cláusulas exorbitantes en relación con el derecho común o subordinación jurídica del particular a la administración.

“Sostiene Allan R., Brewer-Carías, citado por Miguel González Rodríguez en su obra la Contratación Administrativa en Colombia-Doctrina y Jurisprudencia, que las llamadas cláusulas exorbitantes "no son cláusulas en el sentido de que no son estipulaciones contractuales sino que, en realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral propio de la administración..., relacionada con la posibilidad de adoptar decisiones unilaterales relativas a dirección, interpretación, incumplimiento, sanción, modificación unilateral y extinción..., y provienen de los poderes propios de acción unilateral de la administración como gestora del interés público, por ello, por lo general, no necesitan estar pactadas expresamente y se toman por medio de actos administrativos que gozan tanto del privilegio de la ejecutividad como de la ejecutoriedad sin perjuicio de que sobre ellos se ejerza un control de legalidad por el juez administrativo". (Rodríguez, 1990 En: Registro Judicial, Septiembre 2009).

En este sentido, el artículo 28 del Código Fiscal dispone que "El Ministerio de Hacienda y Tesoro tendrá a su cargo todo lo que concierna a la enajenación y al arrendamiento de los bienes nacionales", lo que es primordial en los contratos administrativos como lo dispone el artículo 100 de la Ley 56 de 1995.

Es decir, que le compete a la Sala Tercera de la Corte Suprema cuyos contratos administrativos que afectan bienes de propiedad de un ente estatal, porque estos contratos están sometidos a los preceptos del Código Fiscal, que es un régimen jurídico exorbitante ya que regula derechos y obligaciones de forzoso cumplimiento, extraños por su naturaleza a aquellos regulados por las leyes civiles y comerciales.

Al respecto, se puede mencionar que no basta con que una de las partes dentro de la relación jurídica contractual sea una entidad estatal, para que un contrato sea considerado administrativo, sino que debe tomarse en consideración la naturaleza de la actuación que lo vincula.

Tal es el caso, en que sea un contrato de arrendamiento celebrado entre un particular y el Estado, pero cuyo objeto del contrato se trate de un bien que no sea propiedad del Estado sino de un tercero y que no tenga en su contenido cláusulas exorbitantes, porque en ese caso, le correspondería el conocimiento a la jurisdicción ordinaria civil, resolver las controversia que se presenten, así como lo establecen los artículos 159 literal b, y 663 del Código Judicial.

De modo y manera que cuando se trata de casos de particulares o cuando las entidades públicas y cualquier otro organismo del Estado o municipio actúan como entes de derecho civil, la competencia será de los tribunales civiles, por la naturaleza de la materia que los vincula al negocio.

A su vez, cabe recalcar que la Sala Tercera es competente para atender aquellas reclamaciones sobre indemnizaciones que se reclamen en contra del Estado, mas no aquellas que reclama el Estado, puesto que éste cuenta con distintos mecanismos administrativos y judiciales para hacer valer sus derechos; y por ello, no corresponde a la Sala Tercera enjuiciar la naturaleza, alcance y contenido de los actos civiles, aun cuando el Estado participe en estos.

(f) Daños causados por entidades públicas autónomas

De los daños causados por entidades del sector público con autonomía económica y administrativa, responde tanto el Estado como tal, así como la entidad correspondiente, así fue el caso que describimos a continuación:

La licenciada Lidia Valdés, en representación de los señores MOISÉS MARTÍNEZ y BALDOMERO GONZÁLEZ, presentó Demanda Contencioso-Administrativa de Indemnización para que se condenara al Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), institución autónoma del Estado, al pago de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE BALBOAS CON 59/100 (B/.354,529.59), en concepto de daños y perjuicios físicos, morales y económicos, originados por los actos culposos en que incurrió el funcionario ROLANDO CARRASQUILLA durante el ejercicio de sus funciones oficiales, condenado por el delito de lesiones culposas mediante Sentencia Penal No. 15 de 5 de julio de 1994, proferida por el Juez Municipal de Arraiján, debidamente ejecutoriada; la petición de indemnización fue sustentada en los artículos 974, 1644, 1644-A y 1645 del Código Civil; que el artículo 119 del Código Penal de 1982, vigente a la fecha en que ocurrió el accidente vehicular del cual derivó la obligación exigida, contemplaba el principio de responsabilidad civil originada del delito para aquellas personas que resulten culpables de los mismos, supuesto que se extendía al Estado en el artículo 126, al referirse a los actos delictivos incurridos por funcionarios de entidades públicas, en el desarrollo de funciones propias de su cargo.

El régimen de responsabilidad subsidiaria exigía que primero se estableciera la responsabilidad del sujeto dependiente del ente principal para que surgiera la obligación de este último de afrontar la indemnización; **cabe resaltar que el nuevo Código Penal ha operado un cambio en el régimen de responsabilidad del Estado, pasando de subsidiaria a solidaria**; que para la determinación de la cuantía de la indemnización, los montos cubierto por la compañía de seguros se descontaron, ya que los finiquitos realizados con los demandantes liberaron de responsabilidad a la Aseguradora; lo que implicaba que el resto de la indemnización solicitada derivada de los daños no pagados, debía ser cubierta por el IDAAN; por lo tanto, luego de analizadas las pruebas que fueron presentadas, la Sala Tercera de la Corte Suprema, CONDENA AL ESTADO PANAMEÑO (Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales-IDAAN, a pagar a los señores MOISÉS MARTINEZ ROMANO y BALDOMERO GONZALEZ, una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales, como resarcimiento por el delito de lesiones personales del que fueron víctimas por parte de ROLANDO CARRASQUILLA, ex-funcionario del IDAAN, que actuaba en ejercicio de sus funciones:

-Al señor MOISÉS MARTÍNEZ ROMANO, la suma CIENTO SESENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVA BALBOAS CON VEINTICINCO CENTÉSIMOS (B/.167,569.25), más los intereses legales causados desde el 2 de mayo de 1995.

-Al señor BALDOMEROGONZÁLEZ, la suma de CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.50,000.00), más los intereses legales causados desde el 2 de mayo de 1995. (Registro Judicial, Febrero 2009:771-787).

7. PRESCRIPCIÓN

En relación a las formalidades con la que debe contar una demanda ante la Sala de los Contencioso Administrativo, si bien, el artículo 43 de la Ley 135 de 1943, dispone lo que debe contener toda demanda, las cuales deben cumplirse a cabalidad como lo dispone la norma 50 de la Ley 135 de 1943, la cual señala que "No se dará curso a la demanda que carezca de alguna de las anteriores formalidades, y su presentación no interrumpe los términos señalados para la prescripción de la acción"; o sea que, ante un proceso de lo Contencioso Administrativo, la presentación de la demanda no interrumpe los términos señalados para la prescripción de la acción.

Al señalar las formalidades no solo se refiere a las establecidas en el artículo 43 de la referida ley, sino a todas las expresadas en los artículos que anteceden a este último, por ello resulta lógico que las demandas que son presentadas ante esta instancia deben encontrarse vigentes para presentar su acción.

La jurisprudencia de la Sala Tercera ha sido constante en mantener el criterio, de que la prescripción de la acción es un tema que se analiza para efecto

de resolver la admisibilidad de la misma, no al final del proceso, con el fallo, como en materia civil.

En cuanto a las demandas que reclamen derechos subjetivos, las mismas prescriben en dos meses, tal cual lo dispone el artículo 27 de la ley No.33 de 11 de septiembre de 1946, por la cual se reforma la Ley No.135 de 1943; mientras que, para la acción de nulidad se dispone claramente que puede ejercerse en cualquier tiempo, según el artículo 26 de la misma excerta legal.

Sin embargo, al no establecerse nada con respecto a las demandas de indemnización por daños y perjuicios causadas por negligencia o culpa por actos directos del Estado, a saber, las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia claramente establecidas en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil; y, en virtud de lo establecido en el artículo 57-C de la Ley 135 de 1943, deben utilizarse normas que llenen esos vacíos, esto es que, deben aplicarse normas que regulen lo referente a la prescripción de la acción, encontrándolas en el Código Civil, Capítulo III, De la prescripción de las acciones.

Por lo tanto, ante una reclamación tendiente a exigir responsabilidad extracontractual al Estado derivadas de la culpa o negligencia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1706 del Código Civil, es de un (1) año el término para que opere la prescripción de la acción.

CAPÍTULO TERCERO

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

1. EL FUNCIONARIO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 299 de la Constitución Política define lo siguiente: “Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado”

El funcionario es la persona física que desempeña una función dentro de la administración pública, entendiendo como función pública, un cúmulo de atribuciones y asuntos que deben ser regidos por una persona que ocupa un cargo en el Estado por la obligación del Derecho Público de servirle, asimismo se dice que funciones públicas, son las que ejercen los organismos, autoridades, agentes y auxiliares del poder público para el ejercicio real y efectivo de este mismo poder en cualquiera de sus órdenes.

2. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS

Si bien es cierto que el Estado tiene muchos medios para protegerse contra los perjuicios de sus dependientes, no es menos cierto que no los tienen en cambio los particulares, quienes en virtud de que los agentes estatales tienen el uso del poder público, o realizan una función o prestan un servicio indispensable a tales particulares, se encuentran siempre en una posición de inferioridad fáctica frente a aquéllos.

El administrado necesita protección frente a los administradores, y para ello se encuentra el artículo 1645 del código civil que cumple con el fin primordial de proteger a los individuos contra el Estado y sus agentes.

Cuando el ejercicio irregular de un funcionario daña a un particular a quien el Estado se ve obligado a indemnizar por la aplicación de la responsabilidad del Estado, la acción de este contra el funcionario sería la acción de repetición o de regreso prevista en el artículo 1646 de la excerta comentada.

(a) Actuación del agente en el ejercicio de la función pública.

Es uniforme el criterio de no admitir restricción alguna en lo que respecta a quiénes están sujetos a la responsabilidad del artículo 1645; es decir, no hay distinción de la clase de funcionario, todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada, ejerce una función o empleo estatal, está comprendido en la disposición mencionada.

Pero debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad se establece para el funcionario solamente en cuanto actúa como órgano del Estado, es decir, en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, para determinar cuándo ha actuado en el ejercicio de sus funciones no basta una mera relación de tiempo y lugar, sino que habría que analizar la voluntad o la intención del agente, a fin de averiguar si éste actuó con motivo de la función, o con la finalidad de cumplir la función, y, habría que analizar también, los caracteres con que se presenta objetivamente el acto o

hecho, pues si de acuerdo con esto el acto puede ya individualizarse como un acto propio de la función de que se trate, cabe entonces considerar que el agente ha ejercido dicha función.

El criterio objetivo es el que se sigue tal cual lo prevee el cuarto párrafo del artículo 1644-A, sin perjuicio de que, si en alguna situación el acto o hecho no es externamente reconocible como uno de la función, pero se acredita que el agente actuó subjetivamente en el ejercicio de la función, se decida que en el caso ha sido ejercida la función pública.

(b) Acción u omisión del funcionario

El primer contenido del artículo 1644 lex cit, se refiere a los actos o las omisiones que causan el perjuicio.

Para los funcionarios rige el principio de que tienen la obligación de actuar, muy pocas de abstenerse pero si el reglamento o la ley no lo determine específicamente, si ello entra dentro del ejercicio regular de sus funciones, y del cumplimiento de las obligaciones legales a ellos impuestas en razón de sus funciones, debe advertirse que el hecho de que el funcionario sea responsable por omisiones proviene de la especial situación en que se encuentra y de que el reglamento o la ley le manden a menudo más deberes que a un simple particular.

Si la omisión supone una irregular ejecución de las obligaciones legales, hay responsabilidad, por lo que la omisión origina responsabilidad no por haber

sido el hecho expresamente ordenado, sino por constituir un irregular ejercicio de las obligaciones legales.

Ahora bien, los daños jurídicos a los que nos referimos en manera general son cometidos por las autoridades públicas; por ello, la cuestión adquiere una importancia fundamental, ya que está en juego la libertad del individuo y el respeto de la persona humana frente a los abusos y las negligencias de los servidores públicos.

(c) Cumplimiento irregular de las obligaciones legales

De lo indicado hasta ahora se comprende que el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que les están impuestas a los funcionarios, es un elemento determinante de la aplicación de la responsabilidad civil a ellos, además de la culpa, que se sobreentiende.

En algunos casos, esto implicará una situación de privilegio para el funcionario, ya que habiendo él cumplido en forma regular sus obligaciones, será irresponsable, aunque cause un daño susceptible de apreciación pecuniaria.

Dentro de las diversas actividades administrativas que realicen los servidores públicos, pueden incurrir en la comisión de conductas y omisiones que generan responsabilidades, ellas son de diverso orden y, por tanto, es diferente el derecho sustantivo aplicable a cada una de ellas, los principios rectores de la responsabilidad, el valor jurídico que se tutela, el procedimiento a seguirse, la

autoridad competente para tramitar el asunto y el tipo de sanción que se puede imponer.

“No toda actuación anulable genera responsabilidades al funcionario que expidió el acto, celebró el contrato o realizó el hecho.

Es importante advertir, que no toda actuación declarada judicialmente ilegal o inconstitucional genera responsabilidades a los funcionarios que expiden los actos, celebran los contratos o realizan los hechos, en otros términos, no toda ilegalidad genera responsabilidad.

En muchos casos la inconstitucionalidad o ilegalidad se deriva de una valoración jurídica o de una opinión circunstancialmente dominante, la cual puede ser variada en un momento dado, por el surgimiento de una nueva opinión jurídica o técnica. De la variación de esa opinión dominante, pueden deducirse responsabilidades para la administración, pero no deben trasladarse en ningún caso al funcionario que adopta la decisión, cuando éste ha actuado en forma diligente y de buena fe.

Si se dijera que siempre que un acto administrativo es anulado, o que un criterio técnico o científico resulta equivocado se deben deducir responsabilidades administrativas para los funcionarios o particulares que los emitan, condenaríamos a la administración a su paralización” (Atehortúa, 1995). (lo resaltado nos pertenece)

Es decir, para que exista responsabilidad del funcionario, este debe actuar en forma antijurídica y haber incurrido en dolo o culpa grave en su actuación.

El profesor Carlos Alberto Atehortúa nos señala, que, en materia de responsabilidad extracontractual aplicada al Estado, no se toma en cuenta la “culpa” y menos el “dolo” del funcionario, como factor determinante en la configuración de la misma. Y nos trae a colación un fallo del Honorable Consejo de Estado donde ha reiterado la caracterización de este tipo de responsabilidad

estatal en la sentencia del 24 de octubre de 1990, con ponencia del doctor Gustavo de Greiff Restrepo, que se expresó lo que sigue:

“d) Si todo lo anterior es aplicable a los casos de responsabilidad extracontractual civil lo es con mayor razón en la responsabilidad del Estado y de sus entes administrativos, en el cual como lo ha dicho esta corporación **“cuando se alega como fundamento de la responsabilidad la falla del servicio, el problema de la culpa personal del funcionario desaparece para darle campo a la falla o culpa anónima del servicio.** En otros términos, al desaparecer aquella sobre su calificación en el proceso penal. **En el juicio de responsabilidad se define sólo si el servicio funcionó mal o no funcionó y si con ocasión de ese mal o no funcionamiento se produjo un determinado daño en cabeza de la víctima.** Aunque no es propiamente responsabilidad por el riesgo creado u objetiva la culpa pierde su individualidad, no es predicable de un funcionario en particular, y se imputa al servicio en general. Por eso se sostiene que en estos casos se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado por la falla del servicio o culpa de la administración; desapareciendo, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado, puesto que **es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima...**.”(Extracto de jurisprudencia- Consejo de Estado, 1990 En: Atehortúa, 1995). **(lo resaltado nos pertenece)**

En consecuencia, el Estado responde en algunos casos hasta por su actuación lícita, legal o conforme a derecho, toda vez que no se basa en la culpa del funcionario y por tanto, no debe trasladarse esa responsabilidad a éste.

(d) Control constitucional y de la legalidad

El control de la legalidad es sobre los actos administrativos de todos los servidores públicos que se ejerce en base a dos acciones claramente diferenciadas en la Constitución y en la Ley:

La primera, es la acción pública o de nulidad que va contra actos administrativos de carácter general y abstracto y la cual puede ser interpuesta, en cualquier tiempo, por cualquier persona natural o jurídica en todo caso en que un servidor público incurra en violación de la Ley.

La segunda, es la acción privada o de plena jurisdicción que va contra actos administrativos de carácter individual y concreto en los cuales se produce una ilegalidad y con ella se pretende, la declaratoria de nulidad y además la reparación o restablecimiento del derecho particular violado a la persona demandante.

Esta última acción solo es procedente cuando el actor ha “agotado la vía gubernativa” constituida por los recursos ordinarios (reconsideración y apelación) ante los funcionarios correspondientes de la Administración o porque se produce el llamado “silencio administrativo” el cual implica una negativa tácita.

La Constitución Nacional vigente reformada en el año 2004, establece en su artículo 206 que la Corte Suprema de Justicia entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

“1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá... sobre la

inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.”

La guarda de la integridad de la Constitución se encuentra regulada en el Código Judicial en su Libro Cuarto titulado INSTITUCIONES DE GARANTÍA y comprende los artículos 2554 a 2573.

“2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos (sic) y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá:

Anular los actos acusados de ilegalidad;

Restablecer el derecho particular violado;

Estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas, y

Pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa:

Las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y,

En ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.”

Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias, es decir que tienen efectos “erga omnes” y la declaratoria de inconstitucionalidad solo tiene efectos “hacia el futuro”, la decisión es “ex nunc” porque no tiene efectos retroactivos.

“ARTÍCULO 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. **Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.” (lo resaltado nos pertenece)**

Son tres, las fuentes constitucionales de la responsabilidad de los funcionarios: primero, ellos responden por infringir la Constitución y las leyes, de la misma manera que lo hacen los particulares; segundo, responden por extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y, tercero, responde por omisión en el ejercicio de las mismas.

(e) Acción del damnificado contra el funcionario

La posibilidad de que estas responsabilidades constituyan una obligación alternativa, es decir, es responsable el funcionario o el Estado, a elección del damnificado debe descartarse, toda vez que la víctima busca asegurar el pago total de los daños por el Estado.

Además, cuando existe un daño cometido por un agente público en el ejercicio irregular de sus funciones, será necesario que el damnificado demande conjuntamente al funcionario y al Estado, en forma simplemente mancomunada, para hacerlos responsables a cada uno por el daño; y que declarada la responsabilidad, haga responsable al Estado por el todo, no porque el funcionario pudiese resultar insolvente sino porque el Estado es responsable directo de pagar íntegramente el daño, pero este puede repetir contra el funcionario.

Por lo tanto, no habrá estrictamente solidaridad, por cuanto el Estado podrá luego repetir del funcionario lo que debió pagar a causa de los perjuicios que causare.

3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE SUS SERVIDORES

Dentro de este apartado nos corresponde analizar ciertas formas de responsabilidad civil extracontractual, que surge para el Estado por el daño causado por un funcionario suyo en el patrimonio de una persona con la cual no se vincula ninguna relación contractual previa.

La conducta dañina en que puede incurrir un funcionario dentro del margen de sus funciones o extralimitándose de sus funciones merece una particular consideración, ya que presenta aspectos característicos relacionados con la singularidad del puesto que se ocupa.

Dicho de otro modo, los agentes públicos que ejercen una función permanente para satisfacer las necesidades mediante los servicios a cargo del Estado, en relación con el cumplimiento de sus funciones, deben ceñirse a la norma objetiva o situación jurídica general, para garantizar la prestación eficiente del servicio público y la consiguiente responsabilidad en caso contrario.

“El servicio público, lato sensu, tiene por objeto la satisfacción de las necesidades generales tales como las siente la sociedad en un país y en una época determinada. Toca a los gobernantes

señalar cuáles son las necesidades que habrán de ser satisfechas por el procedimiento del servicio público y cómo funcionará éste”.

“Las personas adscritas al servicio público forman dos categorías: gobernantes y agentes”, “Los gobernantes se distinguen de los agentes por la mayor fuerza social y política que aquellos poseen”. “Los agentes se caracterizan por su dependencia de los gobernantes”, “Los gobernantes señalan por sí mismos, discrecionalmente, el círculo de su propia competencia y la competencia, status, etc., de los agentes”.

“Finalmente, deben considerarse como agentes del servicio público a cargo del Estado, los individuos cuya actividad personal asegura el funcionamiento de los servicios públicos” (Sarria, Eustorgio y Mauricio, 1984 En: Escobar, 1991).

Muchas veces existe una dificultad al momento de determinar los límites de incumplimiento derivados del ejercicio de cada cargo, ya que les está atribuida una facultad discrecional bastante amplia en el cumplimiento del mandato, y por otra parte, no puede estimarse como incumplimiento el resultado negativo de la labor realizada, por ejemplo, la muerte de un paciente, en el caso de determinar la responsabilidad médica por el servicio de salud, pues en general se trata de obligaciones de utilizar un simple medio o de diligencia y no de obligaciones de resultado.

En este sentido, no puede estimarse que la no obtención de un resultado favorable suponga incumplimiento, pues, la obligación de diligencia debe apreciarse teniendo en cuenta, no sólo la particular dificultad inherente a la labor del funcionario sino también a la exigencia ya mencionada, de permitir una amplia libertad en la elección de los medios considerados más idóneos para resolver la

labor encomendada y no quitarles con la perspectiva de graves y constantes responsabilidades, la serenidad necesaria para el cumplimiento de su mandato.

En este sentido, podemos decir que, de ser realizado el acto dañoso dentro de las funciones del empleado público, la víctima tendría acción en contra del Estado, ya que no cabe duda su responsabilidad. Ahora, si se trata de extralimitación de funciones, la víctima tendría acción en contra del funcionario también.

No obstante, si el Estado responde por los daños causados, éste puede repetir contra el funcionario lo que por él ha tenido que pagar, por lo tanto, habría que determinar en cada caso el grado de responsabilidad del agente.

La tesis de que el Estado no sea siempre responsable juntamente con el funcionario es difícil de considerar, pues, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no hay posibilidad de que el Estado pueda descargarse de responsabilidad en la persona del funcionario, y al existir un daño reparable la discusión solo se encuentra al nivel de la responsabilidad del funcionario, quien puede o no ser responsable conjuntamente con el Estado, pues éste último lo es de todas maneras.

La responsabilidad civil de los funcionarios puede ser disciplinaria, ética, civil y penal; exigiéndose para determinarla que el funcionario haya obrado en el ejercicio de su cargo o que con actos u omisiones infrinja algún precepto y que la acción u omisión no pueda ser imputable al perjudicado, así como también, que la observancia del precepto infringido debe ser reclamada por escrito en tiempo

hábil y demás requisitos; que los actos por los que se exija responsabilidad sean de la peculiar y propia iniciativa o inejecución de lo establecido; y, que se den daños y perjuicios consiguientes a la infracción legal.

A fin de especificar la responsabilidad civil de los funcionarios, pasaremos a desarrollar ciertas clases de cargos.

(a) Responsabilidad Médica

Uno de los principios esenciales de toda responsabilidad civil por daños, y en este caso la causada por la actividad médica o en la prestación del servicio de salud en general es “quien causa daño a otro está en la obligación de repararlo”; actividad que por muy destacada y honrosa que sea no admite excepciones, ya que es una necesidad de vital importancia y cuyos controles estatales deben extremarse por ser un derecho fundamental que tiene toda persona de presentarse ante el Órgano Jurisdiccional, a fin que se determine si los daños provienen del ejercicio inadecuado o negligencia de dicha prestación médica, y sí se prueba esa relación de causalidad, le sean indemnizados los daños.

Esta responsabilidad no sólo se debe apreciar como la conducta individual de un determinado galeno, sino que es necesario tener en cuenta el comportamiento integral de estas entidades institucionales de naturaleza pública o mixta, que a través de las diversas especialidades de la salud, prestan los servicios de asistencia médica.

Al respecto, el autor MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCIA, en su obra Estudios de Responsabilidad Civil, señala lo siguiente:

“El fundamento de la responsabilidad civil de los médicos se encuentra en la noción de riesgo profesional, en virtud de la cual los daños que se produzcan en ejercicio de esa actividad calificada como profesional, **deben ser indemnizados sin consideración alguna a la intervención o no de la culpa**, de donde se concluye que en la tesis de riesgo profesional, **la responsabilidad radica en la calidad misma de la actividad, que por su carácter especializado y altamente técnico, representa para quien la ejerce una capacidad e idoneidad especial**, debiendo responder en razón de ese profesionalismo de los daños que resulten del ejercicio de la actividad calificada como profesional, sin que pueda admitirse la noción de culpa, ya que el profesionalismo de la actividad la excluye de plano.” (Sarmiento, 2002). **(lo resaltado nos pertenece)**

Mientras que la jurisprudencia patria citada en el capítulo anterior, nos puntualiza, por ejemplo que:

“...por tratarse de una actuación del Patronato del Hospital Santo Tomás, sobre la cual se reclama responsabilidad, la presente acción es viable, en atención a lo dispuesto en el **Artículo 97, numeral 10, del Código Judicial, en concordancia con el Artículo 206 de la Constitución Política, que establece como competencia de la Sala Tercera, el conocimiento de las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos...**

La petición de indemnización

Fundamentos

Frente a la obligación que se reclama, a la Sala le corresponde entonces establecer la responsabilidad extracontractual del Estado que será, como ya se manifestó en Sentencia de 31 de mayo de 2004, y Sentencia de 24 de mayo de 2010, siempre que en el desarrollo de una función pública se produzca un hecho dañoso en perjuicio de un particular.

Previo a ello precisa indicar que la **responsabilidad extracontractual del Estado tiene fundamento legal y Constitucional**. Así lo expuso esta Sala en Sentencia de 24 de mayo de 2010, 2 de febrero de 2009 y 2 de junio de 2003, que en lo pertinente dice:

"Para resolver, claro es que **el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado en nuestra legislación se deriva de lo que está contenido en los artículos 1644 y 1645 del Código Civil**, y con la modificación de la que este último fue objeto mediante la Ley N°18 de 31 de julio de 1992, importante resulta señalar que está expresamente contemplada **al prever "la responsabilidad directa del Estado" cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones**. Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, la Sala ha conceptuado que tiene claro fundamento en las normas de la Constitución Nacional, que en nuestro medio están previstas en el Título III de los **Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo 1º, sobre las Garantías Fundamentales, específicamente los artículos 17 y 18**. Así vemos que en el artículo 17 de la Constitución Nacional se instituye la concepción social de los fines del Estado, al preverse que **"las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vidas, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción ..."**. Por su parte, el artículo 18 de la Constitución Nacional prevé el principio de **la responsabilidad personal de los funcionarios públicos (sic) por infracción a la Constitución o de la Ley o por extralimitación de funciones en el ejercicio de ésta**. Dicha responsabilidad extracontractual tiene, pues, un fundamento de derecho público, postura que ha sido también la mantenida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en Colombia en relación con el artículo 16 de la Constitución de 1886 de ese país, norma que es el antecedente del artículo 17 de nuestra Constitución. (Cfr. Ureta Manuel S., "El Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Extracontractual del Estado", en La Responsabilidad de la Administración Pública en Colombia, España, Francia e Italia, autores varios, Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 163 a 181)."

La Sala estima oportuno reiterar que en la doctrina, autores como Roberto Dromi, se inclinan en ese sentido y además sostiene que, **"la responsabilidad del Estado existe**

sea que los agentes estatales actúen con o sin culpa y aunque nazca de un acto legítimo, pues su antijuricidad surgirá de su vulneración a la Constitución...que protege a los habitantes contra cualquier daño injustamente inferidos a sus derechos individuales...con esto se abre el camino a una **concepción objetiva de la antijuricidad poniendo de relieve los elementos daños e injusticia por encima del concepto clásico de culpa...**" También destaca que la jurisprudencia admite la responsabilidad del Estado, **pero siempre tomando en cuenta la relación causal a fin de determinarla.** (Derecho Administrativo, 7 Edición actualizada, Buenos Aires, 1998, págs. 816-817 y 836). En esa misma línea de pensamiento Gilberto Martínez Rave enfatiza que la responsabilidad extracontractual objetiva por parte del Estado tiene por finalidad "restablecer el equilibrio económico roto cuando se lesiona un patrimonio particular por parte de la administración pública..." (La Responsabilidad Civil Extracontractual, 10° Edición, Editorial Temis, S. A., Colombia 1998, Pág. 363). (Registro Judicial, Abril 2016, op. Cit.). **(lo resaltado nos pertenece)**

(a.1.) Obligaciones de medio y de resultado

En otro sentido, existe una distinción entre las obligaciones de medio y las de resultado para fundamentar la responsabilidad de los profesionales en general y específicamente de los médicos, ya que siendo profesionales de la salud prestan un servicio que no responde por un resultado específico, por lo tanto, si el usuario del servicio, víctima de los daños causados con motivo del ejercicio de dicha actividad, está en capacidad de probar la culpa, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia del médico, se configuraría la responsabilidad civil de éste; por tanto, no es suficiente para establecerla que el paciente demuestre la ausencia de cura.

Al respecto, la profesora NADIA ZORZI, señaló en su ponencia de “La Responsabilidad Civile del médico” en el Seminario Internacional, Responsabilidad Civil y del Estado que:

“La culpa médica y la culpa profesional en general se clasificaba en tres categoría; culpa por impericia, culpa por negligencia y culpa por imprudencia, respecto a la primera categoría, esta se presenta cuando existe una violación de las reglas técnicas del arte respectivo, lo cual equivale a una especie de objetivación del concepto de negligencia y en lo referente a la culpa por negligencia y por imprudencia resulta aplicable el artículo 1176 del Código Civil italiano en virtud del cual, en las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia y la prudencia deben valorarse en relación con la naturaleza de la actividad ejercitada. (Zorzi, 2001 En: Sarmiento, 2002).

Por ejemplo, constituiría una impericia el médico que confunde una enfermedad por otra, al no poseer los conocimientos teóricos necesarios para tales efectos, por negligencia puede ser que no le sean suministrados a una persona que lo requiera algún medicamento, en desmedro de la salud del paciente, produciéndose un resultado dañoso en su vida, integridad o salud. Mientras que la imprudencia, entonces, radicaré en la falta de adopción de medidas preventivas necesarias exigidas por las reglas de la práctica médica, de tal manera que hubiera podido evitarse el resultado, de haber implementado oportunamente.

De allí, el criterio objetivo que rige la calificación de una conducta, pues un resultado perjudicial para un paciente será objetivamente previsible, si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la misma situación, conociendo los

antecedentes del caso, y el mismo estado técnico-científico de la medicina en general, y de la especialidad en particular.

“En cuanto a la violación de reglamentos, como última de las formas generantes de culpa reconocida por la doctrina, puede decirse que, siempre que tanto las normas de ética médica (que ordenan deberes de cuidado en el campo médico) como los mismos estudios profesionales (que señalan pautas y tratamientos a seguir según el tipo de enfermedad o de paciente de que se trate), establecen una determinada forma de acción para el médico, denominada “**lex artis**”, **se tiene que la simple violación de tales pautas comportamentales acarrea la configuración de responsabilidad civil, en el evento de que por tal causa lleguen a producirse efectos desfavorables para el paciente.**” (Molina, 1994:56).

Es decir, que es deber del médico antes de realizar cualquier acto o tratamiento afianzarse en sus conocimientos y habilidades, puesto que es claro, que quien ejerza una determinada profesión está obligado a poseer los conocimientos teóricos necesarios para el ejercicio de tal actividad y llevarla a cabo distinguiendo cabalmente las distintas situaciones que se le presenten, para disponer adecuadamente y oportunamente de los diferentes medios o instrumentos para la solución de cada una de esas situaciones; más aún, debe poseer y encontrarse en condiciones físicas e intelectuales adecuadas y óptimas, para el desempeño de tal actividad.

(b) Responsabilidad de los Jueces y Magistrados

Al referirnos a la responsabilidad de los jueces y magistrados debemos tener presente que la misma se debe al incumplimiento de un deber, de una obligación o de las funciones legalmente establecidas; ya que, la ley le asigna atribuciones y los someten a ciertas limitaciones que deberá cumplir durante el tiempo que ostente el cargo.

Tal como bien fue citada por la Magistrada Aura E. Guerra de Villalaz en su ponencia, Claria Olmedo señala que "El Derecho positivo vigente de un Estado cumple su función constitutiva del orden mediante el establecimiento de conductas (acciones u omisiones) exhibidas como hipótesis de su existencia de futuro. Se trata de configuraciones recortadas de la realidad que se ha vivido o que se vive en su permanencia y en sus cambios, con las que se persigue encauzar las relaciones humanas por una senda de juridicidad. Es un camino marcado por permisiones y prohibiciones con respecto al hacer y el no hacer, pero de carácter abstracto o general. Para la vigencia de esta normativa se requiere imperatividad, y ante su inobservancia se impone la coerción" (Olmedo, 1994 En: Guerra, 1995).

Los jueces deben garantizar y velar que se cumpla con el debido proceso; la igualdad procesal de las partes; la lealtad y probidad procesal durante el proceso, así como, la economía procesal, según lo dispone el artículo 469 del Código Judicial.

Al respecto los artículos 465, 466 y 468 de la misma excerta legal, disponen que “El impulso y la dirección del proceso corresponde al Juez...”, “el Juez tomará las medidas tendientes a evitar su paralización...”, “Tanto el Juez como los órganos auxiliares de los Tribunales, tomarán las medidas legales que sean necesarias para lograr la mayor economía procesal”.

Dentro de las funciones de los jueces está su intervención personal en la obtención y recolección de los medios probatorios, al igual que su práctica, ya que, así asegura su relación directa con los hechos al momento de emitir sentencia, quien lo hace a nombre de la República, en el ejercicio soberano de la potestad jurisdiccional y por mandato de la ley.

En este sentido, traemos a colación lo planteado por Lino Rodríguez Arias “sentenciar no es solamente un acto racional, porque implica, sobre todo, una actividad valorativa del Juez ante la prueba. La sentencia debe ser el resultado de un acucioso estudio de todos los elementos que se han aportado al proceso y el Juez debe actuar dentro de la normativa jurídica que le traza el legislador, con la flexibilidad que se le permita.” (Rodríguez, 1988 En: Guerra, op. Cit.).

Además de las sanciones penales y disciplinarias que establezca la ley, los magistrados o jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes en los siguientes casos (ver artículo 200 del Código Judicial):

- Cuando proceden con dolo, fraude o en forma arbitraria;
- Cuando rehúsen, omitan o retarden injustificadamente una resolución que deben dictar de oficio o a requerimiento de parte; y

- Cuando violen la Ley por ignorancia inexcusable.

La responsabilidad que en este artículo se consagra, se hará exigible en proceso separado ante la Corte Suprema, se tramitará en única instancia.

De la excerta comentada, se desprende que la responsabilidad civil del Estado procederá en caso de ser una de estas la conducta del funcionario judicial que a sabiendas o por inexcusable ignorancia comete injusticia, perjudicando abiertamente los intereses de una persona y faltando a sus deberes específicos; entendiéndose por ignorancia la falta de ciencia, que hay que distinguir del error, siendo necesario un precepto claro y preciso que no puede ofrecer dudas ni dificultades de interpretación.

“Ignorancia inexcusable. Integra una de las formas de prevaricación castigadas en los códigos penales.

Prevaricación o prevaricato. Incumplimiento malicioso o por ignorancia inexcusable de las funciones públicas que se desempeñan. Injusticia dolosa o culposa cometida por un juez o magistrado. Quebrantamiento de los deberes profesionales por cualquier otro empleado o funcionario público (sic).” (Diccionario Jurídico Elemental, 2000).

Siguiendo el mismo orden de ideas, los perjuicios han de existir y ser computables en dinero, además, serán exigible en proceso separado ante la Corte Suprema en única instancia, es decir que, no se pueden reparar dentro del procedimiento en que se hubiesen causado.

Con relación a ello, destacamos la jurisprudencia que se refiere a la mencionada norma, la cual contenía en su parte final frases que la Corte consideró

inconstitucionales en su momento; no obstante, los criterios vertidos por la Corte, a pesar de los cambios que se dieron, gozan de total vigencia, ya que trata en su parte medular de la responsabilidad directa que tiene el Estado por actos culposos o negligente de los funcionarios judiciales.

“Estas consideraciones nos sirven de base para concluir que la llamada responsabilidad directa del Estado se extiende también al ámbito de la actividad jurisdiccional y que, por tanto, el artículo 200 del Código Judicial (vigente a partir del 1º de abril de 1987) ha sido derogado parcial y tácitamente por el mencionado párrafo 4º del artículo 1645 del Código Civil (modificado por la Ley N° 18 de 31 de julio de 1992) en los supuestos que enumera el aludido artículo 200 que configuran una conducta culposa o negligente, ya que **quien resulta directamente responsable es el Estado y no el funcionario encargado de impartir justicia, sin perjuicio de que el Estado pueda repetir contra dicho funcionario.**

A juicio del Pleno de esta Corporación de Justicia, la reforma comentada, del párrafo 4º del artículo 1645 del Código Civil deroga también parcial y tácitamente el artículo 52 del Código Judicial el cual preceptúa que el Estado responderá subsidiariamente cuando los funcionarios judiciales sean declarados responsables en el ejercicio de sus funciones y resulten insolventes. A partir de la vigencia del artículo 9º de la Ley 18 de 1992, que modificó el párrafo 48 del artículo 1645 del Código Civil, el Estado es responsable directo por los daños que causen, por acción u omisión culposa o negligente, los funcionarios públicos (sic) a quienes propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

Cuando los jueces y magistrados resulten culpables de la comisión de un delito, incluyendo los señalados en el artículo 200 del Código Judicial citado, deberán responder del daño material y moral causado a la víctima o a su familia o a tercero (artículo 119 y 120 del Código Penal). En estos casos el Estado responderá subsidiariamente del monto de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus servidores con motivo del desempeño de sus cargos (artículo 126 del Código Penal).” (Registro Judicial, agosto 1994, op. Cit.). **(lo resaltado nos pertenece).**

Si la conducta que realizan los magistrados y jueces durante las distintas fases del proceso, se subsumen en un tipo penal, su responsabilidad deviene en la de mayor gravedad y si se tratare de servidores judiciales de carrera, se procederá conforme lo disponen los artículos 280, 281 y 284 del Código Judicial.

Los jueces son funcionarios del Estado y consecuentemente existe una responsabilidad vicaria del empleador por los actos de sus funcionarios. En la práctica, la responsabilidad del Estado por los actos jurisdiccionales, unida a una irresponsabilidad o a una responsabilidad verdaderamente excepcional del juez, es la solución a la que tienden la mayoría de las legislaciones que establecen la responsabilidad estatal por error judicial, fundadas en que de tal modo se protege, más que al magistrado, a los propios usuarios del servicio, cuyo interés radica en que los jueces resuelvan libremente sin presiones ni miedos.

Para que sea ejercitada una acción de responsabilidad contra el Estado, basta con remitirnos a lo establecido en los artículos 1644-A, 1645 y 1646, del Código Civil, como lo hemos manifestado en páginas anteriores, pues el Estado está sujeto como todo el mundo a las reglas de responsabilidad extracontractual de dicha excerta legal, por lo que, solo es de aplicar estos textos normativos para hacer efectiva tal responsabilidad en el caso de daños judiciales.

Al respecto, los artículos 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) estipulan:

“ARTÍCULO 10. Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

“ARTÍCULO 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

El Estado panameño debe asumir la reparación de los daños en que su responsabilidad haya sido declarada por violaciones a los derechos humanos establecidos en los convenios internacionales de los que Panamá sea dignatario, según lo determinen los órganos internacionales correspondientes.

No escapa de nuestro análisis, considerar que la responsabilidad personal de los jueces es una institución que, debe ser objeto de una profunda meditación, puesto que, la posibilidad de que el juez pueda ser responsabilizado económicamente por sus sentencias, puede llevarlo a resolver con una cierta lenidad cuando sus fallos involucran poderosos intereses patrimoniales, como una medida de preservar su propia integridad económica. Pues son riesgos graves que pueden gravitar en el razonamiento de un juez e incidir en su apreciación sobre las circunstancias.

Ahora bien, sabemos que las sentencias son revisadas o se agotan todos los recursos impugnatorios, por lo cual, no puede ser cuestionada en forma alguna, sin embargo, si por error o dolo la sentencia otorga un derecho a quien manifiestamente no le corresponde, en perjuicio de otro, el daño causado a este último es irreversible y solo puede ser indemnizado.

Si el daño judicial fue causado por el juez con la aplicación de una ley derogada o la aplicación de una norma directa y manifiestamente en contra de un derecho, éste puede incurrir en responsabilidad. Empero, no hay que perder de vista tampoco que las leyes admiten diversas interpretaciones, razón por la cual, puede haber posiciones diversas. Por tanto, hay responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional si el juzgador rebasa manifiestamente los marcos normativos de la interpretación.

En cuanto a la errónea interpretación que de la ley hagan los magistrados, hay que distinguir si ella es involuntaria, ajena a la intención del juez, nada podrá discutirse; está dentro de las posibilidades humanas extraviar la buena senda. Ya lo dice el viejo aforismo: *errare Humanum est*. Pero si la solución judicial obedece al capricho, la arbitrariedad o la malicia del juzgador, el acto entrañará, sin duda, responsabilidad para el funcionario que lo realice y, por lo tanto, le serán aplicables las prescripciones civiles o penales vigentes que obliguen a pagar los daños ocasionados y a cumplir las sanciones fijadas al efecto. (Bielsa, pág.190 En: Colombo, 1947).

(b.1) Acción de Repetición

Hemos mencionado en párrafos anteriores que el Estado puede repetir en contra de sus funcionarios, tal cual se establece en el artículo 1646 del Código Civil, en esta sección nos referimos al juez o magistrado.

Al respecto, podemos decir que la responsabilidad constituida por dolo o por grave negligencia, el Estado efectivamente debe repetir contra el juzgador que incurriera en tan serias causales y produjera daño. Es lógico pensar que el juzgado contra quien el Estado puede repetir sería normalmente la instancia superior, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones y Consultas, el Tribunal Superior, la Sala de la Corte Suprema, ya que es esta la que deja ejecutoriada una resolución.

Caso contrario sería si la resolución dañina y errónea queda ejecutoriada porque el afectado no interpuso los recursos impugnatorios a los que legalmente tiene derecho, y, que luego trate de reclamar daños y perjuicios por una situación que pudo haber impedido y que no lo hizo oportunamente, ya que, habría sido de alguna manera causante de su propio daño por su negligencia procesal.

En cuanto a la imposición de una medida cautelar por parte de un juzgador, que la ha decretado sin ninguna base legal, puede ser objeto de repetición ejercitable por el Estado, comúnmente el perjudicado debe exigir la correspondiente indemnización a quien solicitó la medida y asumió la responsabilidad por su cuenta y riesgo.

La acción de repetición puede dirigirse contra el mismo juez de primera instancia cuando el perjudicado es un tercero que no es parte en el juicio y que, por lo tanto, no tenía posibilidad legal de hacer uso de un recurso impugnatorio que suspendiera la ejecución.

(b.2) Abuso de Autoridad

Es un acto arbitrario, en el que un funcionario puede excederse de lo permitido por la norma, y al ser un acto contrario a las disposiciones legales vigentes, es injusto y viola los derechos y garantías fundamentales de una persona.

“Para el Maestro Raúl Goldstein, el delito de Abuso de Autoridad consiste en lo siguiente: "Mal uso que hace un magistrado o funcionario público (sic) de su autoridad o facultades; exceso o desviación en su ejercicio". (Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 1993).

Sobre el particular, el Maestro José Rigoberto Acevedo explica: "El abuso de autoridad del servidor público se concretiza cuando éste realiza un acto arbitrario, no respaldado por la Ley o reglamento vigente, contra una persona, afectándola en un derecho o expectativa del mismo". (Acevedo, José Rigoberto. Derecho Penal General y Especial Panameño Comentarios al Código Penal. Impresión Taller Senda. Página 592)." (Registro Judicial, Enero, 2010:234-235).

Comprendemos entonces, que es una forma de desviación de poder, es decir, cuando un funcionario obra con conocimiento y voluntad, impulsado por un solo deseo de dañar, o también, cuando media negligencia o falta de prudencia.

El jurista argentino Justo Laje Anaya señala que “El abuso de autoridad supone que el funcionario no puede dictar ni ordenar, porque en el caso concreto, la resolución o la orden la prohíbe la Constitución o la ley (no importa que la última sea procesal). Se trata, pues, de que el funcionario no puede, porque lo que hace está prohibido; de allí es que comete el delito quien **pudiendo** (facultad) hace un uso inconveniente (confr. Núñez, VII, 76: el funcionario que, ejerciendo su función, simplemente aplica mal la Constitución o la ley, hace mal lo que puede hacer)” (Anaya, 1981 En: Molina, 1998).

En este mismo orden de ideas, los artículos 346, 355 y 356 del Código Penal establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 346. El servidor público que, desempeñándose como miembro del Órgano Judicial o del Ministerio Público, autoridad administrativa, árbitro o cualquier cargo que deba decidir un asunto de su conocimiento o competencia, personalmente o por persona interpuesta, acepte, reciba o solicite donativo, promesa, dinero, beneficio o ventaja para perjudicar o favorecer a una de las partes en el proceso, o a consecuencia de haber perjudicado o favorecido a una de ellas, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Igual sanción se aplicará al funcionario del Órgano Judicial o del Ministerio público que:

I. Por colusión o por otros medios fraudulentos, profiera resolución manifiestamente contraria a la Constitución Política o a la ley, de modo que cause perjuicio.

2. Por colusión o por otros medios fraudulentos, reciba o dé consejos jurídicos a cualquiera de las partes, de modo que cause perjuicio.

3. Retarde maliciosamente un proceso sometido a su decisión.

Si de las conductas previstas en este artículo resulta la condena de una persona inocente, la sanción será de cinco a diez años de prisión.”

“ARTICULO 355. El servidor público que, abusando de su cargo, ordene o cometa en perjuicio de alguna persona un hecho arbitrario no calificado específicamente en la ley penal será sancionado con prisión de uno a dos años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana”

“ARTÍCULO 356. El servidor público que, ilegalmente, rehúse, omita o retarde algún acto propio de su cargo será sancionado con prisión de seis meses a un año o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana”

Los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, pueden incurrir en actuaciones contrarias a lo previsto por el código penal, en cuyo caso se traduce en responsabilidad de esa naturaleza, en la cual se especifican los tipos sancionatorios que no solo envuelven a los funcionarios sino también a los particulares que cumplan funciones públicas o que participen directamente en la configuración de la conducta objeto del tipo sancionable.

Por regla general, los servidores no responden patrimonialmente en los eventos de prosperar una acción de restablecimiento de un derecho, pues se presume que su actuación es de buena fe, pero si el funcionario actúa en clara

rebeldía contra el derecho y es manifiesto su abuso o desviación de poder, podrán deducirse en su contra responsabilidades patrimoniales.

(c) Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la República.

Si se trata de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Presidente de la República, hay que remitirse a lo previsto por el artículo 160 de nuestra Constitución, el cual señala que es función judicial de la Asamblea Nacional conocer de las acusaciones o denuncias que se presenten en su contra, y juzgarlos, si a ello diere lugar, por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de la Constitución o las leyes.

Igualmente, se relaciona a esta norma el artículo 2478 del Código Judicial que indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 2478. Todo ciudadano puede acusar o denunciar ante la Asamblea Legislativa, al Presidente de la República y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para que se les juzgue, si a ello hubiere lugar, por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de la Constitución o las leyes.”

En cuanto al Presidente de la República, no tiene efectos generales la expresión en el ejercicio de sus funciones, ya que, la Constitución patria, se encarga de establecer en qué casos el Presidente es responsable:

“ARTICULO 191. El Presidente y el Vicepresidente de la República sólo son responsables en los casos siguientes:

1. Por extralimitación de sus funciones constitucionales.
2. Por actos de violencia o coacción en el curso del proceso electoral; por impedir la reunión de la Asamblea Nacional; por obstaculizar el ejercicio de las funciones de esta o de los demás organismos o autoridades públicas que establece la Constitución.
3. Por delitos contra la personalidad internacional del Estado o contra la Administración Pública.”

La Asamblea Legislativa solo puede juzgar al Presidente de la República por aquellos actos ilícitos que cometa durante el ejercicio de su cargo. Si se investiga al presidente por supuestos actos ilícitos cometidos antes de ocupar el cargo es competente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Para mayor ilustración citamos fallo bajo la ponencia del Magistrado RAUL TRUJILLO MIRANDA, del día 7 de abril de 1995, dictado dentro del Sumario instruido contra Aristides Royo, Ricardo De la Espriella, Ernesto Pérez Balladares y otros, por el supuesto delito contra la Administración Pública:

“Si bien algunos estudiosos del Derecho Constitucional y del Derecho Penal difieren sobre la facultad del juzgamiento del Presidente de la República y de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a quien le corresponde su juzgamiento por delito común, no es menos cierto que todos coinciden en cuanto a que el Presidente de la República sólo es responsable ante la Asamblea Legislativa por los casos establecidos en el artículo 186 de la Constitución Política de la República y los Magistrado de la Corte Suprema de Justicia sólo responderán ante ese Órgano Legislativo por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones, en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorio de la Constitución o las leyes. Aquí debe aclararse, tal como lo señala el Dr. Ricardo J. Alfaro al preguntarse: "Qué actos quedan

contemplados en la frase violatorios de la Constitución y las leyes, que se encuentra al final del mismo artículo? (El Pleno aclara que se refiere a una frase del artículo 119 de la Constitución Nacional de 1946, similar al artículo 154 de la actual Constitución). Dado el contexto general del artículo, debe colegirse que sean actos de consecuencia política que violen, por ejemplo, los preceptos de la Constitución y las leyes relativas al derecho de sufragio. Es claro que los delitos comunes son actos violatorios de las leyes. Pero no parece natural la interpretación de que el artículo tuvo en mientes incluir los delitos comunes en la clasificación general de actos violatorios de las leyes". (Ver Las Funciones Judiciales de la Asamblea Legislativa, Aura E. Guerra de Villalaz, pág. 120).

Esta tesis ha sido la predominante en nuestro acontecer. La Corte Suprema de Justicia, a través de todos los años de existencia, se ha adscrito competencia para conocer de cualquier controversia policiva en donde, en alguna forma, sea parte alguno de los miembros de esa Corporación, tales como asuntos de tránsito.

Para algunos autores la responsabilidad del Presidente exigida a través de un juicio implica fundamentalmente un problema de tipo político. De aquí la importancia que la Constitución se haya encargado de definir, como lo hace en el artículo 186, cuáles son los casos por los cuales responde el Presidente de la República ante el Órgano Legislativo.

Es vital reconocer que tanto los preceptos constitucionales como la ley tienen como fundamento la tutela de los derechos sociales e individuales que garanticen la vida en un ambiente de paz, dignidad y libertad. Por ello no es posible que ningún funcionario, no importa su jerarquía, esté al margen de ellas. Tanto el Presidente de la República como los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia son, entonces, responsables por la infracción del Código Penal, sin importar la posición que ostentan. Ahora bien, siguiendo el mismo esquema establecido para el caso de infracciones de policía, dado el alto cargo público que ocupan, la competencia para conocer de estas infracciones corresponde necesariamente a la Corte Suprema de Justicia. (Registro Judicial, Abril de 1995, pág.111). **(lo resaltado nos pertenece).**

Para tales efectos, debemos transcribir lo manifestado por el profesor Edgardo Molino Mola, en su libro *La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado*:

“¿Puede la Asamblea decidir que son ilegales los actos de los magistrados de la Corte o del Presidente de la República? Creemos que no. Esta función es privativa del Pleno de la Corte, en lo constitucional; y de la Sala Tercera, en lo legal. Vemos que algunas veces la Corte Suprema en pleno ha declarado inconstitucionales actos del Presidente de la República o la Sala Tercera ha declarado ilegales actos del Presidente y a nadie se le ha ocurrido presentar una acusación o denuncia con el Presidente, por actos violatorios de la Constitución o la ley en la Asamblea Legislativa, ya que estos casos no constituyen delito en nuestro derecho penal, al no existir una norma que así lo tipifique.

Igualmente la Corte Suprema, tanto en Sala Plena como en la Sala Tercera ha declarado inconstitucionales leyes expedidas por la Asamblea Legislativa y ha declarado ilegales actos administrativos de la Asamblea, pero tanto en el caso del Presidente de la República como en el de los legisladores, estos actos no pueden considerarse delitos, ya que no están tipificados como tales en el Código Penal panameño. (Molino, 1998:94). **(lo resaltado nos pertenece).**

(d) Funcionarios en general

La actividad de la Administración (entendiendo por ella no sólo las instituciones que conforman el Órgano Ejecutivo, sino todos los organismos públicos) que se realiza a través de varios mecanismos jurídicos, como lo son los actos, los hechos, las operaciones, las vías de hecho y las omisiones, que constituyen la principal expresión de la actividad administrativa y es como consecuencia de su existencia que la administración desarrolla un procedimiento

administrativo y judicial para garantizar la plenitud del derecho a la defensa postulado de un Estado de Derecho que se predica para todas las actuaciones públicas.

El particular o administrado debe contar con esa garantía jurídica de forma tal que pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa dentro de una relación jurídica en la cual rija el principio del debido proceso, con el fin de encausar jurídicamente la actuación del Estado que afecte derechos subjetivos públicos.

Para ello, el numeral 2.b del artículo 86 del Código Judicial estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 86. Al Pleno de la Corte Suprema de Justicia le están privativamente atribuidas las siguientes funciones:

1. ...
2. Ajustándose al procedimiento señalado para cada caso:
 - a. ...
 - b. De las causas por delitos comunes o faltas cometidas por los Ministros de Estado, el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, los Miembros de la Asamblea Legislativa, los Comandantes y Miembros del Estado Mayor de la Fuerza Pública, el Contralor General de la República y los Magistrados del Tribunal Electoral, o cometidos en cualquier época por persona que al tiempo de su juzgamiento ejerza alguno de los cargos mencionados en este literal; y...”

No obstante, de los numerales 8, 9, 10 del artículo 97 de la excerta citada, se desprende que **el ejercicio de la acción reparadora o acción de reparación directa no requiere el agotamiento de la vía gubernativa**. Puesto que, cuando los funcionarios en el ejercicio de la función pública causen un perjuicio o un daño

a una parte será exigible mediante una acción directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al respecto, la resolución de 9 de febrero de 1996, emitida por la Sala Tercera dentro de la demanda de perjuicios presentada por Samuel Marín en contra del licenciado Nelson H. Ruiz, Magistrado del Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, puntualizó:

“Finalmente y retomando el mismo criterio, no cabe aplicar a la situación vertida el numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial, puesto que no se demanda directamente al Estado o alguna de sus entidades por razón de los servicios públicos que se le adscriban. Se puntualiza que es el Magistrado Nelson H. Ruiz quien ha sido demandado directamente y de manera personal por el actor; y **conforme lo estatuido en el numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial no cabe demanda al funcionario sino solamente al Estado o alguna de sus entidades públicas específicamente por el deficiente público que se haya brindado que a su vez origine el daño y perjuicio generador de responsabilidad indemnizable**” (Registro Judicial, febrero 1996:396). **(lo resaltado nos pertenece)**

La responsabilidad de los altos funcionarios de la administración y el resto de los servidores públicos se debe a su obligación de dirección, control y ejecución de la labor estatal, esta responsabilidad se controla a través de la evaluación que el régimen de carrera administrativa ordena realizar a los empleados públicos y a través de los mecanismos de control interno que posee la administración.

Dicha evaluación se realiza regularmente a través del superior jerárquico y con ella se mide los niveles de eficiencia administrativa de los funcionarios.

CAPÍTULO CUARTO

ACCIÓN DE REPETICIÓN DEL ESTADO CONTRA EL FUNCIONARIO RESPONSABLE

1. ACCIÓN DE REPETICIÓN DEL ESTADO CONTRA EL FUNCIONARIO

Las personas naturales que tienen la calidad de agentes, funcionarios o autoridades, se desenvuelven en el orden institucional coordinando y dirigiendo a través de diversas acciones los distintos órganos del Estado, el cual se concibe como una organización socio-política y como una estructura jurídica de poder público.

Como hemos venido desarrollando dentro de este trabajo, el Estado es responsable cuando sus funcionarios causen o produzcan daños antijurídicos que deben ser indemnizados directamente por éste, sin embargo, ello no supone que los funcionarios estén exonerados totalmente de dicha responsabilidad.

Por ende, es claro que los mismos estén obligados a indemnizar al Estado, en los casos en que la condena impuesta a la Administración ha sido a consecuencia de su conducta dolosa, negligente o gravemente culposa.

Al respecto, el artículo 1646 de nuestro Código Civil contempla: “El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”, es decir, es esta la norma que se refiere la acción de repetición, la cual constituye, la herramienta judicial idónea que puede utilizar la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de indemnización soportado por el Estado.

Esta figura conocida como la acción de regreso persigue una finalidad de interés público para proteger el patrimonio estatal, con el objeto de cumplir con los proyectos y fines del Estado, así como la satisfacción de los intereses generales de los administrados.

Nuestra Constitución Política no contempla la acción de repetición, sin embargo, pudimos observar dentro del trámite legislativo, algunos esfuerzos por tratar de regular esta figura jurídica, ya que las legislaciones se ven impulsados a crear medios idóneos para reestablecer las arcas del Estado.

Por lo antes señalado, y debido a la falta de implementación de una ley que reglamente la determinación de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos a través de la acción de repetición, desarrollaremos el presente capítulo utilizando el derecho comparado, la doctrina y jurisprudencia extranjera.

(a) Concepto

La acción de repetición, reingreso o reembolso es una acción civil de carácter patrimonial y que en general, se refiere al derecho de ser reintegrado, con independencia de la forma o el modo concreto que se emplee para lograr ese objetivo.

De aplicarse en la responsabilidad de los funcionarios, estaríamos hablando de la defensa del patrimonio del Estado para proteger los intereses

generales y garantizar que las personas que tienen un cargo dentro del engranaje asuman responsablemente el ejercicio de sus funciones.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por acción de repetición ha de entenderse la que corresponde a "quien ha sido desposeído, obligado o condenado, contra tercera persona que haya de reintegrarle o responderle". En materia de obligaciones, la acción de repetición sería la que compete al que paga contra la persona que ha de reintegrarle.

En este sentido, la jurisprudencia colombiana emanada de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de Colombia, describe las características esenciales de la acción de repetición.

- “a) La acción de repetición es una acción de carácter patrimonial y de interés público, que está instituida para defender el patrimonio del Estado y garantizar que las personas que tienen a cargo el funcionamiento del mismo asuman responsablemente el ejercicio de sus funciones.**
- b) La responsabilidad patrimonial de los servidores del Estado es de carácter resarcitorio y no de naturaleza sancionatoria, penal ni administrativa.**
- c) Es un medio judicial que la Constitución y la ley le otorga a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios y ex funcionarios o particulares investidos de funciones públicas, el reintegro del monto de la indemnización que debió reconocer a los particulares, como resultado de una condena por el daño antijurídico causado a consecuencia de su obrar doloso o gravemente culposos.**
- d) La acción de repetición constituye una obligación de las entidades públicas y no una posibilidad facultativa de las mismas.**

e) **La acción de repetición se legitima en la medida en que el Estado sea condenado a reparar el daño y los agentes estatales resulten igualmente responsables.**

f) **En los supuestos de responsabilidad estatal no generados en dolo o culpa grave, si bien hay lugar a declaración de tal responsabilidad, el Estado no está legitimado para repetir contra el funcionario.”** (Domingo, Revista Ilex 2008:112) **(Lo resaltado nos pertenece)**

Se desprende pues, que la filosofía de la acción de repetición se centra en el ánimo de sanear la actividad pública, o, en mejorar la calidad del servicio genéricamente considerado; con lo cual, se busca que el agente del Estado actúe en cumplimiento de sus funciones con la mayor eficiencia.

(b) Autonomía y objeto de la acción

El objeto de esta acción es que los funcionarios de los órganos de la administración pública respondan por sus actos; y que la responsabilidad sea frente a la propia entidad.

De suerte tal que, si a consecuencia de una mala gestión se produce una lesión al ciudadano, la autoridad pública debe responder con su patrimonio lo que el Estado ha tenido que indemnizar.

La razón de ser a la que nos referimos se trata del derecho de todo administrado o individuo que forma parte de un Estado, de no soportar los gastos

ocasionados por la negligencia, dolo, culpa grave y/o falta de preparación de algunos administradores públicos.

Cabe ciertamente advertir, que el Estado está en la obligación de reparar a la víctima por el daño inferido, no obstante, no lo está de soportar definitivamente sobre su patrimonio las consecuencias de ese pago, en cuanto éste proceda de un hecho que tiene un autor personalmente responsable.

Por lo tanto, ante lo manifestado, es natural que el desencadenante de tales daños deba hacerse personalmente responsable de los mismos y, en consecuencia, es perfectamente coherente con un sano sentido de justicia, la reparación de los daños ocasionados por una ejecución precipitada del servidor público.

En consecuencia, sirve como mecanismo útil para el control de la corrupción, ya que puede entenderse como un control por vía negativa, toda vez que el castigo pecuniario a personas que ejercen o ejercieron funciones públicas va orientando a que las mismas eviten cometer conductas representativas de daño a los particulares que requieren de indemnización por parte del Estado.

Y promueve a su vez, los principios rectores de la moralidad y eficiencia, obteniendo con dicha acción fines preventivos y retributivos de contenido económico.

(c) Requisitos de procedibilidad

Como hemos señalado anteriormente, no existe una regulación de esta herramienta legal, pero sí esfuerzos para tenerla, en este sentido, nos permitimos examinar el proyecto de Ley No.005, propuesto a la consideración de la Asamblea Nacional el día 29 de julio de 2014, por la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales (ver anexos).

Dentro del cual se regula la acción de repetición en el Capítulo II en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5. Acción de Repetición. En todos los supuestos en que sea declarada la responsabilidad del Estado por hechos, acciones u omisiones de sus servidores públicos, el Estado tendrá la facultad de interponer la acción de repetición contra ellos. La acción de repetición podrá ejercitarse sin perjuicio que la responsabilidad personal de los servidores públicos haya sido declarada en sede disciplinaria, civil, penal o patrimonial.”

“ARTÍCULO 6. Acción de Repetición y pronunciamientos de organismos internacionales. En los casos en que el Estado sea declarado responsable, pero no exista una declaratoria formal de responsabilidad personal respecto a los servidores públicos, esta no será necesaria para la reparación a las víctimas a cargo del Estado, pero sí para la fijación de los montos que pudieran reclamarse individualmente mediante la acción de repetición.”

“ARTÍCULO 7. Repetición contra ex servidores públicos. También podrá repetirse contra los responsables personales de los actos por los que se haya generado responsabilidad del Estado, incluso si al momento de la declaratoria de responsabilidad personal, o al momento de interponerse la acción de repetición, no tienen el carácter de servidor público, o no ocupan el cargo público que ocupaban al momento de producirse los actos, hechos u omisiones por los que se le declaró personalmente responsables.”

Mientras que, el artículo 35 del mencionado proyecto señala lo que sigue:

“ARTÍCULO 35. Fijada la responsabilidad personal del funcionario o empleado público que dio motivo al procesamiento internacional, el Estado iniciará proceso judicial para obtener a su vez, el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le ha ocasionado.”

Si bien es cierto, este proyecto es un paso hacia adelante en el ordenamiento jurídico patrio, ya que toma en consideración regular esta figura, no es menos cierto, y es nuestra opinión, que dicha acción tiene que ser más estudiada, toda vez, que si vemos las regulaciones de otros países, esta figura tiene un gran desarrollo y no solo basta con mencionar someramente en unos contados artículos que existe una acción de repetición y que la misma se puede aplicar, ya que estaríamos en igual sentido, con falta de regulación de la misma o con ausencia o vacíos legales en esta materia concreta; razón por lo cual, es nuestro interés hacer un aporte con este trabajo y ver qué tan eficaz es la aplicación de esta acción de regreso en otras legislaciones.

Por ejemplo, en el caso de México, el artículo 1928 del Código Civil, establece la acción de repetición por el valor que hubiere pagado por los daños y perjuicios causados por los sirvientes, empleados, funcionarios y operarios. Mientras que los artículos 111 y 113 de su Constitución Política, establecen que “las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados” con sus actos u omisiones.

En cambio, en el caso de España, según el artículo 145 de la ley 4 de 1999, se prohíbe la demanda civil contra el empleado; la administración responde

directamente y exige de oficio al funcionario el pago, mediante la acción de regreso, por una cantidad que siempre es inferior a la que paga el Estado.

“ARTÍCULO 145. Exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas.

1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.”

En este sentido, sabemos que por regla general todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo; sin embargo, no todo daño causado hace responsable a su autor, debido la exigencia en algunos casos, que el agente generador del daño haya actuado de una manera dolosa o culposa.

“Conforme a jurisprudencia emanada de nuestra hermana República de Colombia, a partir del alcance que la Constitución

le fija a la acción de repetición (art.90 constitucional), esta se encuentra supeditada a la observancia previa de los siguientes requisitos de procedibilidad:

- a) Que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;
- b) Que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o exfuncionario público (sic); y
- c) Que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.” (Domingo, Op.Cit.:111).

Vemos pues, que se descarta la responsabilidad por culpa leve o levísima. Lo anterior gravita en el hecho de que se deben castigar las actuaciones reprochables, pero no se puede llegar al extremo de causar temor para que el particular acceda por los eventuales perjuicios que en ejercicio de los cargos públicos se pueda causar.

2. DERECHO COMPARADO

(a) Legislación colombiana

La acción de repetición es regulada por la ley 678, de 3 de agosto de 2001, por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.

Dicha ley consta de IV capítulos y 31 artículos que contemplan tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía, fijando generalidades como el objeto, la noción, las finalidades, el deber de su ejercicio y las especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente.

De igual manera, consagró algunas presunciones legales con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; regula asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, término de caducidad de la acción, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso.

Por tanto, pasaremos a transcribir algunos de los artículos de la referida ley, de la siguiente manera:

La responsabilidad patrimonial sólo podrá deducirse en los casos en los cuales el funcionario actúe en forma dolosa o gravemente culposa.

“ARTÍCULO 5. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.”

“ARTÍCULO 6. *Culpa grave.* La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error - inexcusable.
4. Violar... el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”

“ARTÍCULO 7º. *Jurisdicción y competencia.* La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición.

Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto.”

“ARTÍCULO 8. *Legitimación.* En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley.

Si no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada que se menciona anteriormente, podrá ejercitar la acción de repetición:

1.El Ministerio Público...”

“ARTÍCULO 9º. *Desistimiento.* Ninguna de las entidades legitimadas para imponer la acción de repetición podrá desistir de ésta.”

“ARTÍCULO 10. *Procedimiento.* La acción de repetición se tramitará de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa.”

“ARTÍCULO 11. *Caducidad.* La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.”

“ARTÍCULO 12. *Conciliación judicial.* En los procesos de repetición, de oficio o a solicitud de parte, habrá lugar a una audiencia de conciliación. La entidad citada podrá conciliar sobre fórmulas y plazos para el pago y sobre el capital a pagar siempre y cuando el acuerdo que se logre no sea lesivo para los intereses del Estado. El juez o Magistrado deberá aprobar el acuerdo.”

“ARTÍCULO 14. *Cuantificación de la condena.* Cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo a la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo... y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición.”

“ARTÍCULO 23. Medidas cautelares. En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se podrá Decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro.

Para Decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado.”

En esencia, la legislación colombiana tiene adecuadamente regulada la acción de repetición pues cuenta con una ley especial para el tema, por lo que, pasaremos a referir una jurisprudencia emitida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA , de diez (10) de noviembre del dos mil dieciséis (2016), con número de radicación: 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008):

“ ...

ANTECEDENTES

1.1.- Fue presentada el 1° de octubre de 2010 (fls 30-43, c1) por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en ejercicio de la acción de repetición consagrada en el artículo 86 C.C.A., contra Asdrúbal Gil Fory, con el objeto que se declarara a este último como responsable por los perjuicios ocasionados al Ministerio con el pago ordenado por el Tribunal Administrativo del Cauca en sentencia de 20 de enero de 2009 dictada dentro de la acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra y Otros. Como consecuencia de dicha declaratoria solicitó se condenada al demandado a pagar al Ministerio la suma de cuatro millones quinientos cuarenta y un mil trescientos sesenta y dos pesos con veintitrés centavos (\$4.541.362,23)

3.- Sentencia de primera instancia.

El 22 de octubre de 2014 (fls 122-134, c1) se dictó sentencia en la que se desestimaron las pretensiones de la demanda.

Luego de encontrar acreditados los elementos objetivos consistentes en la calidad de funcionario o ex funcionario del demandado, la existencia de una sentencia condenatoria contra la entidad demandante y el pago efectivo de la indemnización, **el a-quo detuvo su análisis en punto a la existencia de culpa grave o dolo, donde consideró que si bien en el fallo dictado en el juicio de reparación directa el Tribunal refirió a las providencias que resolvieron la situación jurídica en materia penal del acá demandado, no se había arrimado al plenario la decisión definitiva que desvirtuara la presunción de inocencia de este en aquel juicio penal. Por consiguiente, al echar de menos tal prueba concluyó el a-quo que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo de la responsabilidad del funcionario.**

4.- Recurso de apelación.

Contra lo así resuelto la parte demandante (fls 138-144, c1) se alzó mediante recurso de apelación, impugnación que fue concedida por el a-quo en auto de 24 de noviembre de 2015 (fl 171, c1).

5.- Actuación procesal en segunda instancia

2.- Normatividad aplicable

Precisa la Sala que en el sub – lite los hechos que dieron origen a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca datan del 24 de mayo de 2000 cuando funcionarios de la Sijín inmovilizaron la motocicleta IVJ-04, **razón por la cual sólo hay lugar a observar la Ley 678 de 2001 en sus aspectos procedimentales no así en su regulación sustantiva, por cuanto los hechos objeto de esta acción de repetición tuvieron lugar antes de la expedición de este régimen legal, de manera que en esta materia resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 90 de la Constitución Política de 1991, 77 y 78 del Decreto-ley 01 de 19841.**

4.- Elementos para la procedencia de la acción de repetición.

i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena

ii) La existencia de una condena judicial, una conciliación³², una transacción o de cualquier otra forma de

terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado.

iii) El pago efectivo realizado por el Estado.

iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

5.- El caso en concreto.

5.1.- Respecto del primer requisito, (calidad del agente) la Sala lo tendrá por acreditado, de acuerdo con el material probatorio arrimado al expediente, que refleja la calidad de patrullero de la Policía Nacional de Asdrubal Gil Forj,...

5.2.- Para acreditar el segundo de los requisitos (condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere el pago a cargo del Estado), la Subsección observa que dentro del proceso obra original de la sentencia de 20 de enero de 2009 dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, dictada dentro de la acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional radicado No. 2002-1653-00 con ocasión de la pérdida de la motocicleta Yamaha de placas IVJ-04 de propiedad de Darío Soto Esguerra (fls 63-72, c1 anexo).

5.3.- Respecto de la tercera exigencia, esto es, el pago efectivo, la entidad demandante allegó los siguientes medios probatorios:

5.3.2.- Documento “comprobante de Egreso” No. 1500007187 de 16 de junio de 2009 que da cuenta de una transacción por valor de \$4.541.362,23 a favor de Etel Magali Romo López. En el aparte “Concepto” se lee: “RES: 382 18052009 SENTENCIAS” (fl 27, c1).

5.4.5.- Ahora bien, en orden a emitir pronunciamiento sobre el dolo o culpa grave del demandado, se encuentran los siguientes elementos probatorios:

5.4.7.- En efecto, demostrado quedó en el sub judice que en procedimiento policial desarrollado en el Municipio de Popayán el 24 de mayo de 2000 se inmovilizó una motocicleta Yamaha de placas IVJ04 que días antes había sido denunciada como hurtada. Igualmente quedó probado en esta causa, y en el proceso penal pertinente, que el Agente de Policía que adelantó tal actuación dejó a disposición de la Sijín del Departamento del Cauca el bien mueble para lo de su competencia, habiendo sido

el Agente demandado Asdrubal Gil Fory el Patrullero que recibió y tuvo bajo su custodia el citado rodante.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 22 de octubre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y en su lugar DECLARAR civil y patrimonialmente responsable a Asdrúbal Gil Fory por el perjuicio causado a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional con ocasión de la condena decretada en sentencia de 20 de enero de 2009 del mismo Tribunal dentro de la acción de reparación directa promovida por Darío Soto Esguerra.

SEGUNDO: CONDENAR a Asdrúbal Gil Fory al pago de cinco millones trescientos veintisiete mil setenta y siete pesos (\$5.327.077) a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

TERCERO: FIJAR para el cumplimiento de esta sentencia, el plazo de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.
QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: En firme esta providencia devuélvase el expediente.”
(consulta de Jurisprudencia, Consejo de Estado, 2016).

No obstante, una serie de estudios académicos, señalan que la acción de repetición presenta dificultades tales como al momento de iniciar la acción, pues puede existir vínculos de amistad o dependencia con los jefes de entidades o por razones políticas, dando como resultado la restricción indebida de su obligatoriedad; es injusto que la pretensión de la acción de repetición sea igual a la condena de reparación directa, porque no se tiene en cuenta el grado de participación ni las condiciones personales del agente, para que se genere una posibilidad real de pago; en muchos casos falla la defensa por parte del Estado,

entre otras; por tanto, no ha sido del todo eficaz, pero, existe escasa bibliografía que muestre la realidad de los dineros que paga el Estado, frente al porcentaje que recupera a través de este mecanismo.

(b) Legislación ecuatoriana

En el Ecuador la acción de repetición se contempla en el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República Ecuatoriana, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9 El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.” (Lo resaltado nos pertenece)

En atención al ejercicio de esta acción, el autor del tema “INEFICACIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN” Guillermo Enríquez Burbano dentro de la Revista de Derecho IUS HUMANI, señala que en Ecuador existen un conjunto de dificultades que no permiten el ejercicio correcto de la acción de repetición, ya que en primer lugar debe iniciarse con un informe previo, el cual se realiza por la máxima autoridad de la institución pública que fue declarada responsable y obligada a pagar la indemnización al perjudicado.

Dicho informe en muchas ocasiones es presentado sin determinar la identidad de los responsables, debido a que la autoridad o institución responsable no logra esclarecer los hechos por falta de pruebas, o porque hay encubrimiento entre compañeros o porque es la máxima autoridad la que cometió el hecho ilegítimo. En segundo lugar, el problema es del juez que recepta la demanda inicial en la que se reclaman indemnizaciones por la violación de un derecho por parte de los funcionarios, ya que no posee la facultad para determinar en sentencia que ha existido culpa grave o dolo en las actuaciones de los funcionarios.

Por ello, cuando se verifica un daño y se condena contra el Estado, se califica la acción como civil. Luego, es responsabilidad de la Contraloría General del Estado determinar la responsabilidad del funcionario como lo señala el art. 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El criterio del Tribunal Contencioso Administrativo es que el juicio de repetición es un juicio de ejecución y no de conocimiento, y al no establecerse el

grado de responsabilidad de los funcionarios no cabe ejecutar el monto a ser repetido.

Señala Burbano que “actualmente la Contraloría General del Estado no realiza ninguna auditoría gubernamental que permita determinar de forma clara el grado de responsabilidad que posee el funcionario, careciéndose de un juicio, auditoria gubernamental o sumario administrativo en el que se decida sobre la responsabilidad del agente causante del perjuicio, una vez declarada la responsabilidad patrimonial del Estado.

De ahí que el juez sea incapaz de declarar sentencia de repetición sobre los funcionarios responsables, dado el desconocimiento de la identidad o del grado de responsabilidad. Estos elementos obstaculizan y dificultan la ejecución de sentencias, porque las mismas deben basarse en evidencias materiales, deben contar con el informe previo entregado por instituciones públicas, a más de ser necesaria la intervención de la Contraloría General.” (Burbano, 2017).

Burbano concluye indicando que, a pesar de contemplarse la acción de repetición en la normativa nacional, no se verifica como una acción legal que se lleve a cabo con frecuencia, de modo que aquellos recursos destinados para la indemnización de las víctimas de tales acciones corren a cuenta del erario público. Por tanto, recomienda la creación de un procedimiento en sede jurisdiccional que regule específicamente la acción de repetición.

(c) Legislación nicaragüense

En el caso de la República de Nicaragua, el artículo 131 de la Constitución Política Nicaragüense establece la Responsabilidad del Estado, además, con el objeto de recuperar los montos cancelados para resarcir los daños causados a los particulares por abuso, por negligencia o por omisión de las labores de los funcionarios, contempla la acción de repetición.

Dicha acción se tiene como herramienta útil para recuperar y preservar el patrimonio público que constituye una de las formas más importantes de conseguir los objetivos y metas de cualquier Estado.

“Esta figura jurídica se caracteriza porque: es una acción de carácter constitucional y legal, sin embargo **no ha sido regulada adecuadamente en una sola Ley sino que se encuentra dispersa**; es una acción autónoma, pues pese a que el funcionario público (sic) se encuentra inmerso en varias responsabilidades ya sea penal, fiscal o, civil; la acción de repetición se inicia una vez se haya proferido condena en contra del Estado; y finalmente se trata de una acción patrimonial puesto que tiene por objeto la recuperación a modo de indemnización, por parte del funcionario público (sic) el valor pagado por la entidad, en razón a la condena en que se declaró la responsabilidad estatal.

El citado artículo Constitucional es fuente fundamental para hablar de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico Nicaragüense ya que con base en éste, **la Asamblea Nacional de Nicaragua puede tomar decisiones y regular de manera adecuada una herramienta e institución jurídica tan importante para cualquier Estado, como lo es la repetición en contra de los funcionarios públicos (sic)**, pues no solamente representa la manera de recuperar los montos por los cuáles fue condenado el Estado, por culpa de acciones u omisiones en las funciones de los servidores públicos, sino que además simboliza el orden y la justicia a la cual debe llegar un Estado, puesto que no deja en la impunidad la responsabilidad

que tienen los funcionarios públicos (sic), al castigarse así patrimonialmente a dichos funcionarios.” (Cuervo y Sandoval, 2015).
(lo resaltado nos pertenece)

Dentro de los fundamentos legales, está el Decreto No. 612. Ley Orgánica y Ley creadora de la Contraloría General de la República, Decreto 62 que reforma el Decreto No 86 de 1979, que es importante dentro de la investigación y el estudio de la acción de repetición en Nicaragua, puesto que es la Contraloría quien determina las responsabilidades de los servidores públicos.

De igual manera, es importante recalcar que es la Contraloría General de la República de Nicaragua la encargada de iniciar el procedimiento a la hora de repetir en contra de los servidores públicos.

El procedimiento prejudicial inicia con un proceso disciplinario que comienza cuando el servidor público comete una falta ante lo cual el jefe inmediato de donde labore el servidor público afectado, deberá, dentro de los diez días hábiles siguientes de haber tenido conocimiento del hecho, enviar a la instancia de Recursos Humanos de la institución, un informe escrito que denuncie los hechos acontecidos indicando los medios de prueba y el criterio de por qué el hecho constituye falta y las razones por las cuales solicita el inicio de un proceso disciplinario enviando copia al servidor público.

El procedimiento prejudicial termina con el envío de las pruebas y del acto administrativo emitido por la Contraloría General de la República, en el cual se

determina la responsabilidad por parte del funcionario, al juez de la República de Nicaragua que corresponda.

Dentro del proceso jurisdiccional el juez competente mediante sentencia judicial decide si lo condena o no a pagar el monto que el Estado debió pagar como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad que le fue imputada por haber ocasionado daños a un particular por la negligencia, omisión, acción o extralimitación en los deberes de dicho funcionario.

“El Estado representado por la Contraloría General de la República deberá presentar demanda en contra del funcionario público (sic) aduciendo como fundamentos de derecho el artículo 131 de la constitución política, el artículo 126 de la Ley 641 y el artículo 2069 del código civil de Nicaragua el cual establece que “El que por error de hecho o de derecho, verifique un pago, puede repetir lo pagado, si prueba que no debía.” Vale la pena recordar que en Nicaragua no existe una jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo dentro de su ordenamiento judicial, pero como se trata de un tema de relación entre particulares y el Estado, las Salas de lo contencioso administrativo son las llamadas a conocer de éste o de éstos casos.

Durante el proceso de establecimiento de la responsabilidad del funcionario público (sic), se debe tener en cuenta que la Procuraduría General de Justicia solicitará al Juez la liquidación correspondiente al pago que debió realizar el Estado designando a dos peritos, quienes presentarán la liquidación en el término de diez días contados a partir de su posesión” (Cuervo y Sandoval, op. Cit.).

Sin embargo, no existen decisiones judiciales que hablen acerca del tema, por la dificultad que presupone para la administración de justicia y para el mismo Estado presentar una acción de repetición.

“...el doctrinante Nicaraguense Gustavo Adolfo Vargas en su artículo titulado la responsabilidad de los funcionarios públicos (sic), estudiado anteriormente, respecto a la eficacia de la acción de repetición en Nicaragua, donde **afirma que la acción de repetición no es un mecanismo moralizador y protector del patrimonio estatal como debería ser, sino que es simplemente una figura jurídica que aunque de vital importancia, sólo queda en el papel y cuya eficacia se hace aún más difícil por la falta de regulación normativa especial.**” (Cuervo y Sandoval, su. Cit.).

3. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL (TRIBUNAL DE CUENTAS) Y LA RESPONSABILIDAD ORDINARIA

Ambas responsabilidades tienen el mismo principio u objetivo resarcitorio, a pesar de tratarse de responsabilidades distintas, pues buscan la reparación o resarcimiento al Estado del daño económico causado en su contra.

Dichas responsabilidades se cimentan en el mismo criterio de imputación subjetivo, es decir, con base en el dolo, la culpa, la negligencia; así como también coinciden en los mismos elementos, tales como el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente.

Las dos clases de responsabilidades tienen una consagración normativa distinta, ya que como bien lo hemos venido señalando la acción de repetición no está debidamente regulada en nuestro país, sin embargo, la responsabilidad patrimonial fiscal cuenta con su regulación constitucional y legal.

En este sentido, el artículo 280 de la Constitución Política de la República y las disposiciones de la Ley No.32 de 8 de noviembre de 1984, establecen que la Contraloría General de la República está autorizada para ejercer, entre otras, las siguientes facultades:

“ARTICULO 280. Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, las siguientes:

1. Llevar las cuentas nacionales, incluso las referentes a las deudas interna y externa.
2. Fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley. La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que solo ejercerá este último.
3. Examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos (sic), entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos. Lo atinente a la responsabilidad penal corresponde a los tribunales ordinarios.
4. Realizar inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentar las denuncias respectivas.
5. Recabar de los funcionarios públicos (sic) correspondientes informes sobre la gestión fiscal de las dependencias públicas, nacionales, provinciales, municipales, autónomas o semiautónomas y de las empresas estatales. 6. Establecer y promover la adopción de las medidas necesarias para que se hagan efectivos los créditos a favor de las entidades públicas.

...

13. Presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades.”

En cumplimiento a este último numeral citado, se encuentra el artículo 62 de la ley 32 de 1984, el cual crea la jurisdicción especial de cuentas, que tendrá a su cargo el juzgamiento de las cuentas de los agentes y empleados de manejo cuando surjan reparos a los mismos hechos por la Contraloría General.

No obstante, mediante Decreto de Gabinete No.36 de 1990, se creó, dentro de la Contraloría General del República, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial y se adoptó su procedimiento, el cual subrogó las disposiciones de la ley 32 de 1984, en lo atinente al ejercicio de la jurisdicción de cuentas, y reconoció las siguientes características:

- Es un Tribunal de única instancia, con jurisdicción en todo el territorio nacional -art.1º-.
- Su esfera de competencia rebasa el concepto de Tribunal de Cuentas, ya que es competente para declarar en juicio sobre la responsabilidad patrimonial, que frente al Estado, pudiera corresponderle no sólo a los empleados y agentes de manejo de bienes y fondos públicos, sino también a los empleados y agentes de fiscalización de bienes y fondos públicos; a las personas naturales y jurídicas a cualquier título se hubiesen aprovechado indebidamente de los mismo, en su beneficio o de un tercero; a las personas que hayan recibido salarios o emolumentos como servidores públicos sin haber prestado los servicios, a las personas que hayan sido beneficiadas con fondos públicos sin haber contraprestación al Estado o cuando el valor reconocido no guarde proporción con el servicio

efectivamente prestado; a las personas que hayan recibido títulos valores del Estado de modo indebido y a los servidores públicos que lo hayan propiciado -art.2º-.

- Está investida de amplias facultades para adoptar todo tipo de medidas cautelares, tendientes a asegurar el resultado de los procesos de responsabilidad patrimonial -art.4º-.
- Sus decisiones son revisadas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por la vía de las correspondientes acciones de Plena Jurisdicción y de Nulidad -art.15º y 17º-.
- Las resoluciones de condena que emiten deben ser ejecutadas por la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante los trámites del juicio por jurisdicción coactiva -art-16º-.

La orden de reintegro: existe la posibilidad de que, sin que medie proceso alguno, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial ordene a la persona involucrada en la irregularidad investigada, que restituya al Estado el monto de las sumas que constituyen la lesión a su patrimonio. Según establece el artículo 43 del Decreto No.65, de 23 de marzo de 1990:

“Cuando el perjuicio causado al Estado o a sus instituciones fuere evidente, como es el caso de que alguna persona hubiere recibido fondos o bienes públicos sin justa causa, la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, sin más trámite, emitirá la Orden de Reintegro que corresponda, la que contendrá los requisitos específicos (sic) en el artículo 36 del presente Reglamento y, además, el tiempo dentro del cual el reintegro deba ser hecho, el que no será menor de diez (10) días, ni mayor de treinta (30), y determinará al obligado principal y al subsidiario, a quienes se notificará con dicha orden y a la entidad

que fue examinada, en la interpuesta persona de su titular.”
(Revista de la DRP, Tsimogianis, 1999).

Al respecto, citaremos un extracto del fallo emitido por la Dirección de Responsabilidad Patrimonial, siguiente:

“REINTEGRO (Procede ordenarse cuando medie un arreglo de pago con la administración fiscal)

Resolución DRP N°463-98 de 20 de octubre de 1998.

“A dicha nota adjuntó copia del arreglo de pago suscrito ante la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Hacienda y Tesoro, por el cual se comprometía a cancelar la suma adeudada en concepto de lesión patrimonial, a través de abono mensuales.

De igual forma, presentó el recibo N°499.623.33 expedido por la Dirección General de Ingresos fechado 18 de septiembre de 1998 por la suma de doscientos balboas (B/.200.00), que representa su primer abono al arreglo de pago aludido.

Ante tal circunstancia, y a propósito de las disposiciones legales que rigen este Tribunal, el artículo 43 del Decreto No.65 de 23 de marzo de 1990, por la cual se dicta el Reglamento de Determinación de Responsabilidades, establece un procedimiento a seguir ante la presencia de un perjuicio evidente causado al Estado y que a su vez es aceptado por el procesado, como en el presente caso, a través del arreglo de pago efectuado (...); encontrándose el proceso en sus inicios...

De acuerdo al contenido del informe de Antecedentes que sirvió de base al presente proceso, existen irregularidades comprobadas en el manejo de las operaciones financieras en el Consulado de Panamá en Toronto, Canadá; que se traducen en fondos recaudados en la sede consular y que no fueron debidamente remesados al Tesoro Nacional, omisión de la que se hace únicamente responsable (...), en su nota dirigida a este Tribunal.

Bajo esta premisa, es menester según se establece en la norma dictar la respectiva orden de reintegro, ya que no existe mérito para proseguir la causa, y en atención a esta decisión, remitir el expediente contentivo del proceso a la Dirección

General de Ingresos del Ministerio de Hacienda y Tesoro para que proceda, en virtud del arreglo de pago suscrito con la procesada.

De igual forma, es menester poner a disposición de la Dirección General de Ingresos remitir las medidas cautelares que hubieran sido adoptadas durante el proceso contra el patrimonio de la encausada y en consecuencia ordenar el cierre y archivo del expediente.”.” (Revista de la DRP, 1999:276-278).

La Dirección de Responsabilidad Patrimonial tiene un carácter eminentemente administrativo, es decir, de justicia fiscal, totalmente matizado con la naturaleza de la institución de donde precede.

Si se toma en cuenta la organización que se le ha dado a esta Dirección y las funciones que se le asignan, todo indica que se trata de un Tribunal Fiscal más que un Tribunal de Cuentas, que actúa en el desarrollo del control fiscal que constitucional y legalmente corresponde a la Contraloría General de la República.

En consecuencia, ambas acciones buscan que se pueda afectar el patrimonio de los servidores públicos que causen perjuicios económicos a cargo del Estado; por un lado, la acción de repetición sólo incide en el patrimonio de los servidores públicos que den lugar a condenas a cargo del Estado, y, por el otro lado, la acción de responsabilidad patrimonial de tipo fiscal que puede incluso incidir en el patrimonio de particulares a cuyo cargo hubiese estado el manejo de los recursos del erario.

Es decir que, la acción de repetición tiene un marco operativo limitado con relación al ámbito de responsabilidad patrimonial del Estado, sin mencionar que

no se encuentra debidamente regulada. Puesto que en muchos supuestos el Estado será condenado patrimonialmente pero no podrá repetir contra sus funcionarios o exfuncionarios por el hecho de que éstos han obrado irregularmente, pero sin culpa, dolo o negligencia.

CONCLUSIONES

1. En primer lugar, se puede concluir que la responsabilidad civil del Estado en los ámbitos ejecutivo, legislativo, judicial y administrativo, tiene como fundamento el Estado de Derecho, dada la necesidad de proteger con efectividad los derechos de los gobernados.
2. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión en sus bienes y derechos, debido al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, salvo casos de fuerza mayor.
3. Cuando el Estado actúe en relaciones de derecho privado, responderá directamente de los daños causados por sus Autoridades y funcionarios, considerándose la actuación de éstos como actos propios de la administración.
4. El Estado podrá exigir de sus Autoridades y funcionarios, la responsabilidad en que hubieren incurrido por culpa o negligencia graves y dolo.
5. Las normas que rigen la responsabilidad civil cuando la Administración obre por medio de sus agentes son las establecidas en el artículo 1645, en concordancia con el artículo 1644 del Código Civil, así como, el artículo 1646 de la misma excerta legal, que contempla la acción de repetición.

6. Los particulares podrán demandar a las Autoridades y funcionarios en conjunto con el Estado para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados por culpa, negligencia o dolo en el ejercicio de sus cargos, no obstante, el Estado es el responsable directo, sin perjuicio del derecho que tiene a repetir contra el funcionario lo pagado.
7. El funcionario que obre con dolo, fraude, abuso de autoridad u omita o retarde injustificadamente una decisión, debe responder por el acto lesivo de derecho, por extralimitación de sus facultades o por omisión en el cumplimiento de sus funciones.
8. Todos los funcionarios sin distinción alguna, deben estar sometidos al control del órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus actividades, y que los daños que se causen a los usuarios con motivo de la prestación de los diferentes servicios deben ser indemnizados bajo un régimen de responsabilidad estricto, ya que la calidad profesional de quien los presta así lo exige.
9. Los usuarios de los servicios brindados por el Estado deben tener derecho al más riguroso, eficiente e imparcial control jurisdiccional del Estado sobre los servicios públicos prestados. Ello conllevaría, a que los funcionarios sean más eficientes y consiente de sus funciones, debido a la aplicación de un forzoso proceso de selección en el ejercicio de su cargo, lo cual es un ideal necesario para nuestro medio cuya educación universitaria en muchos centros privados es cada vez menos exigente.

10. Es importante tener puentes de comunicación entre los medios de comunicación y la población en general para que conozca de sus derechos en contra del Estado por la conducta de sus funcionarios causantes de daños, así como recordar al agente público las medidas severas a que pueden ser objeto en caso de incumplimiento de sus funciones.
11. La sanción es un medio indirecto con que cuenta la administración para mantener la observancia de las normas, restaurar el orden jurídico violado y evitar que puedan prevalecer los actos contrarios a derecho. Ello podría concienciar al funcionario para que tenga más cuidado al momento de ejecutar sus funciones porque si no tendría que soportar un embargo de sus bienes, o perder su puesto de trabajo en razón de los daños que tuvo que soportar el Estado.
12. La acción de repetición, es un mecanismo judicial de naturaleza civil por su carácter retributivo patrimonial, dirigido a recuperar para el Estado, del servidor o ex servidor público, del particular en ejercicio de funciones públicas, que obran dolosa o culposamente en la expedición del acto, en la producción del hecho o en la omisión que dio lugar a la indemnización resarcitoria patrimonial asumida por el Estado, la devolución de tales sumas que haya tenido que sufragar, ya sea como consecuencia de una condena, conciliación o por otra forma de terminación de conflicto.
13. La acción de repetición no está concretamente regulada puesto que a pesar de que tenga un fundamento básico y claro estipulado en el artículo 1646

del Código Civil, no existe una ley que amplíe el tema o que al menos haga una referencia a la forma en que se deberá llevar a cabo la misma.

14. La falta de regulación de la acción de repetición, no solamente causa un vacío jurídico muy grande frente al tema, sino que también puede indicar que hay una falla en el sistema legislativo puesto que un tema como la acción de repetición debería estar ampliamente regulado, pues no solo están en juego los intereses del Estado sino también los intereses y el patrimonio de toda una sociedad, sin olvidar que son los ciudadanos los que de manera indirecta pagan todas las condenas contra el Estado mediante el pago de sus impuestos.

15. La acción de repetición no es eficaz dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, ante la falta de regulación normativa específica sobre el tema, los funcionarios pueden relajarse y simplemente suponer que todos sus actos quedaran impunes a pesar de que causen un daño patrimonial al Estado, y por ende a toda la sociedad.

16. La acción de repetición, es una acción o instrumento tan importante para proteger el patrimonio del Estado que merece estar regulada no sólo legalmente sino también constitucionalmente, para garantizar así la eficacia de la acción.

RECOMENDACIONES

1. Elaborar un proyecto de ley que aborde el ejercicio de la acción de repetición de una manera seria y responsable de modo que se garantice la capacidad de defensa por parte del Estado ante acciones dolosas o culposas de sus funcionarios en ejercicio de sus funciones.
2. Crear un procedimiento uniforme para ejercer la acción de repetición, como establecer el procedimiento de pago del funcionario declarado responsable, evaluando al Juez competente, la capacidad de pago del funcionario y estableciendo la forma de pago a fin de evitar dejar al servidor o funcionario en estado de necesidad.
3. Es necesario se garantice el respeto al debido proceso, entendiéndose al debido proceso como un principio legal por el cual el Estado se encuentra obligado a respetar y hacer respetar todos los derechos legales que posee una persona según la Constitución y la Ley.
4. Establecer el derecho que toda persona posee a la tutela judicial efectiva, en la cual se respete su derecho constitucional a la defensa, siendo que la defensa es el elemento sobre el cual se basa todo proceso legal, lográndose a través del mismo la igualdad de todos los seres humanos, independientemente de su origen social, poder económico o influencias políticas.

5. De lo evidenciado en el estudio constitucional se hace urgente crear o implementar un procedimiento que permita ejercer la acción de repetición en sede jurisdiccional, con el objetivo de rescatar los valores entregados por el Estado en concepto de indemnización.
6. Capacitar a los servidores públicos en las actividades propias de su cargo, para de esta forma evitar el cometimiento de infracciones que puedan devenir en procesos de acción de repetición.
7. Para limitar el poder del Estado y así proteger los derechos de las personas existe la separación de poderes: un Ejecutivo que gobierne y administre, un Legislativo que legisle y fiscalice, un Judicial que administre justicia y un poder difuso que controle, con un carácter intraorgánico. Así el poder controla al poder dentro del mismo ordenamiento jurídico.

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

1. ADAMES M., GILBERTO A. y otros, Revista de Derecho Procesal, Vol N°1, la Responsabilidad Civil del Estado por daños morales, (1ª. ed.) editor: Universidad de Panamá.
2. ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. (1995) Inhabilidades, control y responsabilidad en la Contratación Estatal, Biblioteca jurídica Diké, (1ª. ed.)
3. BASOZABAL ARRUE, XABIER. (2015) Responsabilidad extracontractual objetiva: parte General, Agencia estatal boletín oficial del Estado, Madrid.
4. BORRELL MACIA, ANTONIO. (1958) Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil, (2ª. ed.), editorial Urgel, 51 bis, España: Barcelona, pp. 184-205.
5. BONASI BENUCCI, EDUARDO. (1958) La Responsabilidad Civil, Editorial Bosch, Barcelona: p. 287.
6. BURBANO, GUILLERMO ENRIQUE. (2017) Revista de Derecho, Ius Humani, volumen 6, publicación electrónica 16-2-17 Ineficacia de la acción de repetición.
7. CASTAÑO RESTREPO, PATRICIA, (2003) Responsabilidad civil y patrimonial del Estado, (1ª. ed.), editor, Temis.

8. CHIRONI, G.P., POSADA, A. (1928) El derecho civil moderno, segunda edición, editorial Reus, Madrid, pp. 489-497.
9. CÓDIGO ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, (1996) Recopilador: Licdo. Plinio F. Valdés F., elaborado en el centro de investigación jurídica de la Universidad de Panamá, Editado por El Fenix.
10. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, (2009) Editorial Mizrachi & Pujol, S.A.
11. CÓDIGO FISCAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, (2002) Editorial Mizrachi & Pujol, S.A.
12. CÓDIGO JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. (2014) Sistema Jurídicos, S.A. (11ª.ed.).
13. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ, (2009) Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. (16ª. ed.).
14. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE MEXICO (<https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>)
15. COLOMBO, LEONARDO A. (1947) Culpa Aquiliana (cuasidelitos), (2ª. ed.), editorial Tipográfica editora Argentina: Buenos Aires, pp. 461-526.
16. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. (2012) (1ª. ed.), Editado e impreso por la Asamblea Nacional.

17. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>).

18. POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR (<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>).

19. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA (https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf)

20. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE MÉXICO (<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>)

21. CONSULTA DE JURISPRUDENCIA, CONSEJO DE ESTADO, COLOMBIA (<http://www.consejodeestado.gov.co/>)

22. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA) (https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

23. CUERVO RODRÍGUEZ, JUAN; SANDOVAL GUERRERO. La acción de repetición en Nicaragua, Semillero de Derecho Comparado Francés de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, 2015 (<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1964/Cuervojuan2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

24. DAMSKY, ISAAC AUGUSTO. LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. (2010) Estudios

sobre la responsabilidad del estado en Argentina, Colombia y México, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 838.

25. DECRETO NO. 612. LEY ORGÁNICA Y LEY CREADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA (http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_nic_anexo9.pdf)

26. DE TRAZEGNIES, FERNANDO, (2000) La responsabilidad extracontractual (Arts. 1969-1988), (5ª. ed.), tomo II, editorial Temis, S.A., Santa Fé de Colombia: Bogotá.

27. DE AGUILAR DIAS, JOSÉ. Tratado de la responsabilidad civil II, editorial Jose M. Cajica, JR, S.A. México: Lima-Buenos Aires, pp. 186-297.

28. DE CUPIS, ADRIANO, El Daño Teoría general de la Responsabilidad Civil, (2ª. ed.), editorial Casa Editorial, S.A. Urgel, 51 bis, Barcelona: pp. 733-742.

29. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, (2001) (22ª. ed.), tomo II.

30. Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, Editorial Heliasta, (2000) (14ª. ed.).

31. DOMINGO, LASTENIA. Revista Lex, junio – agosto, (2008) del Colegio Nacional de Abogados de Panamá (Acción -Repetición) (1ª. ed.).

32. ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR. (1991) La responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia, (1ª. ed.), editor: Dike.

33. GARCIA MANZANO, PABLO. (1988) Responsabilidad Civil de jueces y magistrados. Revista de Administración Pública, núm 117, editorial CEPC-Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 55.
34. GARCÍA RODRÍGUEZ, MARISOL. (2005) La responsabilidad del Estado en España y Venezuela Estudio comparativo. Perspectivas de la responsabilidad objetiva en Venezuela, editorial Universidad Complutense de Madrid: p. 468.
35. GARRIDO FALLA, FERNANDO. (1989) La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado, Revista de Administración Pública, núm 119, editorial CEPC-Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 43.
36. GAZNELL ACUÑA, CARLOS, (2016) El acto Administrativo y el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá, (1ª. ed.), Sistemas Jurídicos, S.A., impreso en Colombia.
37. GHERSI, CARLOS ALBERTO. (1995) Responsabilidad profesional, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires.
38. GHERSI, CARLOS ALBERTO. (1999) Teoría General de la reparación de daños, segunda edición, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires: pp. 255-269.
39. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, JOSÉ LUIS. (2014) Función pública y acciones de responsabilidad civil, Revista de Administración

Pública, núm 039, editorial CEPC-Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 35.

40. GUERRA DE VILLALAZ, AURA E., (1995) Magistrada De La Sala Segunda De La Corte Suprema De Justicia, Ponencia Publicada en Noviembre de 1995.

41. HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO; FERNÁNDEZ COLLADO, CARLOS; BAPTISTA LUCIO PILAR. (2000) Metodología de la Investigación, (2ª. ed.), impreso en México.

42. HOYOS, ARTURO; MAUAD PONCE, JOSE ALBERTO. Revista Lex, enero – agosto, (1994) del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, Litho – impresora Panamá, S.A.

43. Ivstitia, Revista Trimestral del Órgano Judicial Enero-Abril (2018), (76ª. ed.).

44. LEY NO.32 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1984
([https://www.contraloria.gob.pa/assets/ley-32-de-8-de-noviembre-de-1984-\(versi%C3%B3n-revisada\).pdf](https://www.contraloria.gob.pa/assets/ley-32-de-8-de-noviembre-de-1984-(versi%C3%B3n-revisada).pdf))

45. LEY NO.18 DE 31 DE JULIO 1992
(<https://docs.panama.iustia.com/federales/leyes/18-de-1992-aug-6-1992.pdf>)

46. LEY NO.135 DE 30 DE ABRIL DE 1943
(<https://docs.panama.iustia.com/federales/leyes/135-de-1943-may-12-1943.pdf>)

47. LEY NO.33 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 1946
(<https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/33-de-1946-oct-2-1946.pdf>)

48. LEY NO.38 DE 31 DE JULIO DE 2000 (http://www.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2015/03/Ley38_mod.pdf)

49. LEY NO.57 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1946
(<https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/57-de-1946-oct-1-1946.pdf>)

50. LEY NO.56 DE 27 DE DICIEMBRE DE 1995
(http://www.oas.org/juridico/spanish/pan_res74.pdf)

51. LEY 4 DE 13 DE ENERO DE 1999 DE ESPAÑA
(http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-1999.html)

52. LEY 678, DE 3 DE AGOSTO DE 2001 DE COLOMBIA
(<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4164>)

53. LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE ECUADOR
(https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cge_23_ley_org_cge.pdf)

54. LOMBARDI T. JUAN E. (1965) La responsabilidad extracontractual civil en el derecho Panameño, editorial Impresoras panamá, S.A., volumen IV, República de Panamá, pp. 96-104.

55. MESSINEO, FRANCESCO. (1955) Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo VI, Relaciones Obligatorias Singulares, editorial Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires: pp. 518-520.
56. MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. (1994) Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica "parte general", Biblioteca jurídica Diké, (1ª. ed.).
57. MOLINO MOLA, EDGARDO. (1998) La jurisdicción Constitucional en Panamá en un estudio de derecho comparado, Biblioteca jurídica Diké, (1ª. ed.).
58. MONTOYA GÓMEZ, MARIO. (1977) La responsabilidad extracontractual, editorial Temis, Bogotá: pp. 244-246.
59. MOSSET ITURRASPE, JORGE. (1981) Responsabilidad por Daño, parte especial, tomo II B Actos Ilícitos, editorial EDIAR sociedad anónima editora comercial, industrial y financiera, Argentina: pp. 273-326.
60. PARELLADA, CARLOS ALBERTO. (1990) Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional, Magistrados judiciales- Actividad Judicial y daño, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
61. PERAN ORTEGA JUAN, La responsabilidad civil y su seguro, editorial Tecnos.

62. PLANIOL, MARCEL. RIPERT GEORGES. (1997) Derecho Civil (parte B) volumen 4, editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A., México: pp. 777-781.
63. Proyecto de Ley No.005, propuesto a la consideración de la Asamblea Nacional el día 29 de julio de 2014, por la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales.
64. REGISTRO JUDICIAL DEL SITIO WEB DEL ÓRGANO JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ (<https://www.organojudicial.gob.pa/registro-judicial>)
65. REYES MONTERREAL, JOSÉ MARÍA, (1987) La Responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia, (1ª. ed.), editor: colex.
66. RUIZ OREJUELA, WILSON. (2010) Responsabilidad del Estado y sus regímenes, editorial Ecoe Ediciones, p. 432.
67. RUIZ OREJUELA, WILSON. (2007) Responsabilidad Extracontractual, editorial Ecoe Ediciones, p. 258.
68. SARMIENTO GARCÍA, MANUEL GUILLERMO. (2002) Estudios de responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, (1ª. ed.).

69. SERRANO ESCOBAR, LUIS GUILLERMO, TEJADA RUIZ, CLAUDIA PATRICIA, (1994) Responsabilidad civil y del Estado en la prestación de servicios médicos – asistenciales, (1^a. ed.), editor: Jurídicas Gustavo Ibáñez.
70. SHEFFER TUÑÓN, JAVIER ERNESTO. Régimen Jurídico de la Responsabilidad del Estado y de los Servidores Públicos en Panamá, Ponencia en el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, bdigital.binal.ac.pa/bdp/descarga.php?f=artpma/regimen%20juridico.pdf
71. TAMAYO JARAMILLO, J. (1999) De la Responsabilidad Civil, De los perjuicios y su indemnización, tomo IV, Temis, S.A., Santa Fe de Colombia: Bogotá.
72. TIMPSON LAYNE, CLAUDIO. (2010) Teoría general de las obligaciones civiles, segunda parte, efectos de las obligaciones. pp. 43-191.
73. TSIMOGIANIS, KALÍOPE. (1999) Revista de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, Año III No.4.
74. VALENCIA ZEA, ARTURO, (1986) Derecho Civil, tomo III De las Obligaciones, séptima edición, editorial Temis, S.A. Colombia: Bogotá, pp. 266-279.
75. ZAMORANO, ABEL AUGUSTO. (2000) Revista Novum Ius, Asociación Nueva Generación Jurídica, Panamá.